

TRIBUNA

EMPRESA FAMILIAR

Empresa Familiar

Febrero 2019

EL PROYECTO DE LPGE Y LA EMPRESA FAMILIAR

SOCIEDADES PATRIMONIALES E INCENTIVOS FISCALES A LA EMPRESA FAMILIAR

TRATAMIENTO FISCAL DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN (STS 936/2018, DE 5 DE JUNIO DE 2018)

RETENCIÓN ABUSIVA DE DIVIDENDOS Y DERECHO A LA HERENCIA

DOCTRINA RECIENTE DE LA DGRN SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS

Editorial

Bienvenido a esta nueva entrega de nuestra *Tribuna de Empresa Familiar*.

En esta ocasión haremos especial hincapié en la relevancia que tienen en nuestro ámbito algunas de las medidas contenidas en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019.

Desde la perspectiva fiscal, analizaremos los no pocos problemas que en la práctica se plantean respecto de los incentivos a la empresa familiar y, en particular, en la interpretación del concepto de sociedad activa como requisito de aplicación.

Asimismo, comentaremos, por su relevancia en materia sucesoria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2018, que ha acogido en el plano tributario la teoría de la adquisición directa del derecho de transmisión.

Nos detendremos en los conflictos que se plantean con la política de dividendos cuando del reparto de esos beneficios depende que los socios minoritarios reciban su parte de la herencia del fundador.

Finalmente, y como continuación al análisis realizado en números pasados de esta *Tribuna*, valoraremos el reciente pronunciamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la retribución de los consejeros ejecutivos.



Eduardo Trigo y Sierra
Empresa Familiar y Clientes Privados

El proyecto de LPGE para 2019 y la empresa familiar

Si la Ley de Presupuestos Generales del Estado (“LPGE”) para 2019 entra en vigor finalmente en los términos planteados por el proyecto presentado por el Gobierno, y actualmente en tramitación, algunas de las medidas que se aprueben pueden tener un impacto importante en la empresa familiar.

Álvaro Paniagua. Fiscal. Valencia

Aunque el Proyecto de LPGE puede ser objeto de modificación en su tramitación parlamentaria o puede incluso no salir adelante si el Gobierno de España no recaba los apoyos necesarios, algunas de las medidas tributarias incluidas en el texto aprobado por el Gobierno pueden afectar de forma significativa a la empresa familiar y a la fiscalidad patrimonial de los socios. Es conveniente, por tanto, conocer esas medidas y su impacto para valorar si existe alguna posibilidad de paliar su efecto.

De incidencia especialmente grave en aquellas empresas familiares que se organicen con una estructura de *holding* es la modificación del artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que regula la exención de dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de acciones o participaciones.

Con la redacción vigente del artículo 21, están exentos de tributación los dividendos deriva-

dos de participaciones en filiales cuando el porcentaje de participación, directa o indirecta, es al menos del 5 % o cuando el valor de adquisición de la participación es superior a 20 millones de euros, siempre que esta la participación se haya mantenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya. Bajo los mismos requisitos, las rentas positivas derivadas de la transmisión de las citadas participaciones están también exentas en la entidad transmitente.

Pues bien, el Proyecto de LPGE limita la anterior exención al 95 % de la renta obtenida. Quiere esto decir que los dividendos y las ganancias de capital que se obtengan de sociedades operativas tributarán a un tipo efectivo del 1,25 % si el tipo del Impuesto sobre Sociedades aplicable es el general del 25 %. Con ello, todas aquellas empresas familiares organizadas a través de una sociedad *holding*

pasarán a tener la mencionada tributación efectiva en el IS por las rentas que reciban de sus participadas operativas, con el agravante, además, de que no se ha previsto mitigación alguna de esta tributación en el supuesto de cadenas de sociedades en las que los dividendos pueden ahora someterse a tributación efectiva en todos y cada uno de los niveles de la estructura societaria.

La medida, de carácter indefinido, tiene prevista su entrada en vigor para periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2019 y que no hayan concluido a la fecha de entrada en vigor del de LPGE. Por tanto, *a priori*, la medida afectaría con carácter retroactivo a aquellas operaciones realizadas entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de entrada en vigor de la LPGE.

Otra de las medidas con impacto inmediato que contiene el Proyecto es el incremento de tipos de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y que puede afectar a empresarios individuales o a los socios de la empresa familiar.

En la tarifa aplicable a la base imponible general del impuesto —aquella que grava, entre otras, las rentas del trabajo, de actividades económicas e inmobiliarias—, se introducen dos nuevos tramos: uno para rentas superiores a 130.000 euros, con un incremento de dos puntos porcentuales en el tipo marginal, y otro

para rentas superiores a 300.000 euros, con incremento de cuatro puntos porcentuales. El tipo marginal máximo, por tanto, del 45 % con carácter general, puede llegar al 49 %. En la tarifa aplicable a la base del ahorro —aquella que grava, entre otros, los rendimientos de capital mobiliario y las ganancias de capital— se introduce un nuevo tramo para rentas superiores a 140.000 euros, con un incremento de dos puntos porcentuales. El tipo marginal máximo, por tanto, del 23 % con carácter general, puede llegar al 25 %.

Por último, en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio —recordemos que es un impuesto temporal cuya vigencia se prorrogaba año tras año—, se establece su vigencia con carácter indefinido. Asimismo, si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado su propia escala de gravamen, se produce la elevación en un punto porcentual del tipo marginal aplicable al último tramo de la tarifa, esto es, una base superior a los 10.695.996 euros tributará a un tipo del 3,5 %, cuando actualmente lo hace al 2,5 %.

Habrà que estar atento a las vicisitudes del proyecto durante su tramitación parlamentaria y valorar si cabe adoptar alguna medida que permita paliar el impacto que estos cambios, de ser finalmente aprobados, tendrán sobre la fiscalidad patrimonial.

Sociedades patrimoniales e incentivos fiscales a la empresa familiar

La aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar está condicionada, entre otros requisitos, a que la empresa familiar sea una sociedad activa, no patrimonial. La falta de coherencia normativa e interpretativa en la determinación del contenido y alcance de este requisito plantea en la práctica no pocas dudas interpretativas que sería conveniente aclarar.

Gloria Marín y Sara Asensio. Fiscal. Madrid

La aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar (exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) se encuentra condicionada al cumplimiento de varios requisitos. Uno de los más complejos técnicamente es el que exige que la sociedad no tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario; esto es, que se trate de una sociedad que desarrolle una actividad económica y no sea una sociedad puramente patrimonial. A estos efectos, la norma considera que una sociedad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por tanto, no tiene derecho a los incentivos fiscales cuando, durante más de 90 días del ejercicio social, más de la mitad de su activo está constituido por valores, o más de la mitad de su activo no está afecto a actividades económicas.

La complejidad técnica de este requisito deriva a menudo de la falta de coherencia entre las diversas normas que en nuestro ordenamiento establecen cuándo sí y cuándo no una sociedad desarrolla una actividad empresarial. Este es el caso, por ejemplo, de la calificación como actividad económica del **arrendamiento de bienes inmuebles**. Según el artículo 27.2 de la Ley del IRPF, “se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa”. Idéntica disposición se encuentra también en el artículo 5.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, si bien en este precepto se señala también que “en el supuesto de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de

Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el concepto de actividad económica se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo”. Este último inciso posibilita que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, cuando el arrendamiento de inmuebles se desarrolla en el seno de un grupo de empresas, el cumplimiento del requisito del empleado por una de las sociedades del grupo permita predicar la existencia de actividad económica en el resto de las sociedades.

¿Puede extrapolarse ese criterio para la aplicación de los incentivos a la empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el Impuesto sobre Sucesiones? La doctrina administrativa (DGT, consultas números V3475-15, V1999-16 y V-5120-16), en un razonamiento basado en la apelación al espíritu de la ley que no terminamos de compartir, entiende que no. Nótese en este sentido que, si bien la exigencia de cumplimiento individual del requisito había sido respaldada en el pasado por el TEAC (resoluciones de 23.03.2011 y de 30.06.2010), se apelaba entonces a razones de seguridad jurídica y a la falta de apoyo normativo a la tesis de posibilitar el cumplimiento por el grupo; en palabras del TEAC “sería difícilmente entendible que tras dos décadas de rigurosa aplicación de la exigencia de local y empleado para caracterizar el arrendamiento y compraventa de inmuebles como actividad económica se pasara ahora, *sin modificación normativa alguna*, a considerar tal exigencia cumplida por el hecho de que tal estructura mínima se situara en una entidad

vinculada”. Tras la entrada en vigor en 2015 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente, ese respaldo normativo sí existe, aunque se encuentre ubicado sistemáticamente en el Impuesto sobre Sociedades, y no en el IRPF, al que expresamente se remite la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio cuando establece los incentivos a la empresa familiar. ¿Tiene sentido una interpretación asimétrica de cuándo sí y cuándo no el arrendamiento de bienes inmuebles reviste carácter empresarial? A nuestro juicio, no; pero ese es el estado de la cuestión en la doctrina administrativa actual.

Dicho esto, la cuestión en la práctica pierde relevancia por cuanto la doctrina administrativa (RTEAC de 28 de mayo de 2013; DGT, CV2699-13) también ha señalado que el cumplimiento de este requisito es condición necesaria de la existencia de actividad económica, pero no suficiente si el puesto de trabajo no está justificado por la carga de trabajo, y el Tribunal Supremo ha entendido (SSTS de 28.10.2010, 8.11.2012 y 18.09.2014) que la actividad empresarial debe definirse por la actividad desarrollada y que la existencia de empleados (o su ausencia) es un dato a tener en cuenta, pero no lo esencial. La existencia de empleado con contrato laboral y a jornada completa, por tanto, no es por sí solo garantía de actividad empresarial.

La falta de coherencia normativa también se halla en las conocidas como normas para evitar la patrimonialidad sobrevenida; esto es, las normas para evitar que una sociedad pueda ser calificada como patrimonial por el hecho de que rentas obtenidas en el desarrollo de

actividades empresariales puedan invertirse de forma transitoria en inversiones financieras. En aplicación de estas normas, y a los efectos del Impuesto sobre Sociedades, se excluyen de la consideración de activos no afectos el dinero o los derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o de determinados valores, realizadas en el propio período impositivo o en los dos períodos impositivos anteriores. A los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, en cambio, la exclusión del cómputo se produce para cualquier activo no afecto (no solo dinero o derechos de crédito) cuyo “precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad” y siempre que dichos beneficios (i) “provengan de la realización de actividades económicas” (considerándose como tales los dividendos que procedan de participaciones en una entidad en la que se mantenga una participación superior al 5 %, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 %, de la realización de actividades económicas) y (ii) con el límite temporal del importe de los beneficios obtenidos “tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores”.

Las diferencias entre una y otra norma son evidentes, pero en este caso es claro que la referencia normativa para la aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar ha de ser la segunda, cuya interpretación ha sido un foco tradicional de controversias.

Se ha planteado, así, en primer lugar, si pueden calificarse como beneficios procedentes de la realización de actividades económicas los obtenidos en la venta de un elemento del inmovilizado afecto a la actividad. La duda surge porque en el IRPF quedan excluidos del rendimiento de las actividades económicas las ganancias de patrimonio obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales, aunque se encuentren afectos a la actividad, y porque, a efectos contables también reciben un tratamiento específico y no se incluyen como ingresos de la explotación. En resoluciones de 10 de julio de 2008 y 27 de septiembre de 2007, el TEAC mantuvo que la ganancia obtenida en la venta del activo afecto no se podía computar como procedente de actividades empresariales, mientras que en resoluciones posteriores el criterio parece ser incluirla como parte del beneficio empresarial (RTEAC de 5 de junio de 2014). Este último criterio podría quedar respaldado si se admitiese la disposición que existe en la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades como pauta interpretativa.

En relación con la asimilación que hace la norma de los dividendos al beneficio empresarial, se ha planteado también, en segundo lugar, si esa asimilación ha de extenderse a las plusvalías obtenidas en la venta de la participada. Sobre esta cuestión, la doctrina administrativa se mostró en el pasado favorable a asimilar las plusvalías obtenidas por la venta de valores que cumplan los requisitos del

apartado anterior a los beneficios no distribuidos (DGT, V0487-06, V1321-07 y 1334-07). Este criterio no se infería de la literalidad de la Ley del IP, que únicamente se refiere a los dividendos obtenidos de la entidad participada; no obstante, era relativamente pacífico conforme a la doctrina administrativa.

Sin embargo, el criterio más reciente (DGT, consulta V1240-17) resulta contrario a esa asimilación. Este cambio de posición responde, a su vez, a la postura adoptada en esta materia por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 febrero de 2017 (sentencia n.º 341/2017, rec. 852/2016), que resuelve de manera desfavorable a dicha asimilación, si bien a otros efectos (no se estaba enjuiciando la aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar). De nuevo, si se admitiese como criterio interpretativo la disposición que existe en la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades, la conclusión debería ser otra.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, según la doctrina administrativa (RTEAC de 31 de enero de 2011; DGT V0852-11, V1571-11 y V2302-11), los bienes y derechos a los que resulte de aplicación esta norma deben considerarse afectos a la actividad únicamente para dilucidar si más de la mitad del activo se encuentra o no afecto a la actividad (es decir, para determinar si la participación mantenida en la sociedad relevante podría tener acceso o no a la exención en el IP).

En este sentido, resulta destacable que en la propia consulta que propicia el cambio de criterio señalado (DGT, consulta V1240-17), la DGT parece concluir que, si el efectivo obteni-

do en la venta de una sociedad participada que cumple los requisitos para no ser considerada patrimonial se reinvierte por la sociedad transmitente en participaciones en una SICAV (o, con esta lógica, se podría plantear su extensión a participaciones en cualquier fondo de inversión o activos financieros similares) y el precio de adquisición de este activo no supera el importe de los beneficios no distribuidos de la propia entidad, en los términos establecidos en la Ley del IP, dicha participación en la SICAV quedaría excluida del cómputo a efectos del acceso a la exención del IP.

En relación con este extremo, habrá que estar a los nuevos pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales sobre esta materia, ya que esta interpretación parece recuperar un criterio antiguo de la DGT (consultas generales 2298-00 y V0895-01), cuyo encaje y fundamento en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio no resulta evidente (de hecho, el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, entiende que las participaciones en instituciones de inversión colectiva son activos no afectos por definición).

En todo caso, una vez analizado el acceso a la exención, habrá que determinar en qué proporción resultará aplicable, para lo que se tendrá que atender a la naturaleza de los bienes de la entidad y, por tanto, previsiblemente, la mayoría se calificarán como activos no necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial. Y, para no variar, si se admitiese como criterio interpretativo la disposición que existe en la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades, la conclusión —de nuevo— debería ser otra.

Tratamiento fiscal del derecho de transmisión (STS 936/2018, de 5 de junio de 2018)

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acogido en el ámbito tributario la teoría de la adquisición directa del derecho de transmisión, tal y como previamente había hecho la Sala Primera en el ámbito civil. En consecuencia, también desde el punto de vista fiscal se ha de entender que cuando una persona (heredero transmitente) es llamado a una herencia pero fallece antes de aceptarla, su heredero (el heredero transmisario) adquiere los bienes y derechos directamente del primer causante previa aceptación de la herencia del heredero transmitente. Hasta ahora se entendía que se producían dos transmisiones, una por el heredero transmitente y otra por el heredero transmisario.

Adrià Riba. Fiscal. Madrid

Miguel Pérez. Fiscal. Valencia

Alberto Artamendi. Fiscal. Barcelona

El art. 1006 del Código Civil regula el conocido como *ius transmissionis* o derecho de transmisión, esto es, la transmisión hereditaria del derecho a aceptar o repudiar una herencia (*ius delationis*) cuando el llamado a aceptarla o repudiarla originariamente fallece antes de que pueda hacerlo. Señala así el precepto mencionado que “*por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”.

La interpretación del art. 1006 del Código Civil ha sido ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia desde el punto de vista del Derecho civil, lo cual ha tenido un indudable impacto en el Derecho tributario.

En la interpretación de este precepto en el ámbito civil se han mantenido dos tesis diferentes (v. STS, Sala de lo Civil, de 11.09.2013):

- Para la denominada “teoría clásica” o “de la doble transmisión”, predominante en la doctrina y jurisprudencia civil hasta 2013, en la sucesión por derecho de transmisión existirían dos transmisiones diferenciadas: la primera, desde el primer causante a la masa hereditaria de quien fallece sin poder ejercitar su *ius delationis*; la segunda, desde el citado heredero transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias.

- Para la denominada “teoría moderna”, “de la adquisición directa” o “de la doble capacidad”, los bienes pasarían directamente del primer causante al heredero transmisor, que es quien ejercita positivamente el *ius delationis*.

A efectos tributarios, la “teoría clásica” exigía una doble liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“ISD”):

1. Una primera liquidación por la transmisión del *ius delationis* del primer causante al heredero transmitente, que debía valorarse por el valor de los bienes que conformaban la herencia del primer causante (en la proporción en la que se participara en tal herencia) y en la que debían aplicarse las reducciones, coeficientes multiplicadores y bonificaciones reguladas en la normativa aplicable teniendo en cuenta el grado de parentesco existente entre ambos sujetos (recordemos, causante original y heredero transmitente). Del pago de esta liquidación debían hacerse cargo los herederos transmisarios como sucesores del heredero transmitente fallecido.
2. Una segunda liquidación por la transmisión de los bienes (tanto los propios del heredero transmitente como los adquiridos por herencia del primer causante, que se acumulaban a los primeros) desde el heredero transmitente al heredero transmisor, aplicando las reglas de liquidación que correspondieran al grado de parentesco entre ambos y deduciendo de la base imponible

del ISD (en el caso frecuente de que se tratase de una sucesión entre descendientes) el importe de lo satisfecho por el impuesto en la transmisión precedente en aplicación del art. 20.3 de la Ley del ISD.

Sin embargo, en el ámbito civil, y tras la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 539/2013, de 11 de septiembre de 2013 (rec. 397/2011), se extendió la “teoría de la adquisición directa”, y este cambio en la naturaleza civil de la operación llevó a entender que no deben practicarse dos liquidaciones de ISD (al no existir dos transmisiones) por los bienes heredados del causante original, sino una única liquidación (en este sentido, DGT, V2063-16 y V0537-17).

Esta interpretación ha venido finalmente a ser respaldada con la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 936/2018 de 05.06.2018, que acoge la teoría de la adquisición directa para concluir que:

“... se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles ni dos devengos del impuesto, corolario de lo cual es la afirmación final de la reseñada sentencia civil según la cual «los herederos transmisarios sucesederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente»”.

Con la STS 936/2018 se zanja el debate sobre los efectos fiscales del art. 1006 del Código Civil, de tal forma que, actualmente, debe

entenderse que el heredero transmisario recibe directamente el *ius delationis* del causante original siempre que, con carácter previo al ejercicio de tal derecho (aceptación de la herencia del causante original), haya aceptado igualmente la herencia del heredero transmitente. Una vez aceptada dicha herencia, se producirían dos sucesiones diferenciadas que tendrán, a su vez, su reflejo en el ámbito tributario:

- por un lado, la liquidación del ISD por los bienes recibidos por el heredero transmisario del causante original, aplicando en consecuencia las reducciones, coeficientes multiplicadores y bonificaciones que correspondan al grado de parentesco existente entre ambos;
- por otro lado, la liquidación del ISD por los bienes recibidos por el heredero transmisario del heredero transmitente distintos a los bienes que eran titularidad del causante original, aplicando también las reducciones, coeficientes multiplicadores y bonificaciones que correspondan al grado de parentesco existente entre ambos, sin posibilidad —eso sí— de deducir de su base imponible del ISD importe alguno en aplicación de lo dispuesto en el art. 20.3 de la Ley del ISD.

Esta interpretación ya ha sido recogida expresamente como criterio administrativo en algunas comunidades autónomas, como es el caso de Andalucía (Circular 1/2017 de la Agencia Tributaria de Andalucía) y Cataluña (*Resolució 2/2018 sobre el tractament del dret de trans-*

missió en l'impost sobre successions i donacions). En esta última resolución también se aclara que el plazo de prescripción de la segunda transmisión debe computarse desde que muere el heredero transmitente. Entendemos que con esta precisión se está retrasando de forma implícita el devengo del impuesto hasta este fallecimiento, lo cual tiene incidencia en los plazos para liquidar el ISD, que también deberían computarse desde esta fecha.

En consecuencia, el criterio que debe seguirse en un supuesto *ius transmissionis* es el de liquidar dos hechos imposables totalmente diferenciados: por un lado, se liquida la herencia del primer causante teniendo en cuenta el parentesco entre el heredero transmisario y este primer causante; por otro lado, se liquida la herencia del heredero transmitente, incluyendo únicamente en ella los bienes de los que este era titular —se excluyen, por tanto, los del primer causante— y teniendo en cuenta el parentesco entre este heredero transmitente y el heredero transmisario a efectos de bonificaciones, reducciones, coeficientes multiplicadores, etc. Así pues, quien se hubiera encontrado en esta situación y hubiera presentado sus correspondientes autoliquidaciones siguiendo el criterio de la teoría clásica en los últimos cuatro años podría instar la rectificación de estas y la devolución de los ingresos indebidos que correspondieran —junto con los intereses de demora correspondientes— si al hacerlo de este modo se han perjudicado sus intereses legítimos.

Retención abusiva de dividendos y derecho a la herencia

La novedosa sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 6 de febrero de 2018, anula un acuerdo social de reparto de dividendos en una empresa familiar por considerarlo abusivo, y condena a la sociedad demandada a repartir entre los socios la cantidad destinada a reservas voluntarias del ejercicio impugnado de forma proporcional a su cuota de participación en el capital social, supliendo mediante el pronunciamiento judicial la propia voluntad de la sociedad.

Linda Guerra Henríquez. Procesal. Madrid

La política de dividendos es una de las cuestiones que mayores conflictos genera en el ámbito de las sociedades familiares. La empresa se vuelve más complicada cuando del reparto de esos beneficios dependa que los socios minoritarios reciban su parte de la herencia del fundador.

En esta ocasión, la juez titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, en su sentencia de 6 de febrero de 2018, declaró la ineficacia de un acuerdo social, adoptado en el seno de la junta general de una sociedad familiar, en el que se destinaba gran parte del beneficio del ejercicio a reservas voluntarias.

En contra de lo que ha venido defendiendo la jurisprudencia más o menos consolidada –y consciente de ello–, la juez mercantil condenó a la sociedad demandada a distribuir entre los socios la parte que se había destinado a reservas voluntarias en el acuerdo impugnado.

Las actoras, quienes adquirieron la condición de socias al 19,6 % de la mercantil demandada como consecuencia del reparto de la herencia de su padre, interpusieron, entre otras, una acción de impugnación del acuerdo social adoptado en la junta general de junio de 2015 relativo a la aplicación del resultado del ejercicio por considerarlo abusivo.

Las demandantes instaban a que se declarase la ineficacia del acuerdo en la medida en que, si bien la junta general aprobó distribuir una parte de los beneficios, las accionistas-actoras no estaban conformes con que se destinara una proporción tan elevada a reservas voluntarias (50 % del beneficio del ejercicio). A ello se añadía que desde el año 1989 no se habían repartido dividendos y las reservas representaban en el momento de la adopción del acuerdo más del 85 % del patrimonio neto.

El acuerdo impugnado no solo restringía el derecho del socio a participar en las ganancias de la compañía a través de los dividendos, sino que impedía «disfrutar de la herencia de su difunto padre», por lo que cualquier cobro de la legítima dependía precisamente de la rentabilidad que le diera a esas acciones.

La sentencia realiza una exposición clara y detallada del conjunto de intereses que se contraponen en la política de dividendos de una empresa familiar. Destaca, por un lado, el interés de los socios gestores de optar por una política de retribución más conservadora y destinada a la reinversión de los beneficios; y se contraponen, por otro lado, el interés de los socios más desvinculados de la gestión, quienes serán más proclives al reparto continuo de los beneficios.

Los enfrentamientos se acentúan cuando los beneficios sociales constituyen, en realidad, la herencia de los socios minoritarios. La juez propone que en esos casos se efectúe un escrutinio más riguroso de las decisiones adoptadas por la mayoría en aras de lograr un «justo equilibrio» entre el respeto del derecho a la libertad de empresa y la salvaguarda y tutela de los derechos del socio minoritario para protegerlo frente a posibles abusos de la mayoría del capital social.

Bajo esa premisa, la sentencia estimó parcialmente la demanda y declaró la ineficacia del acuerdo social adoptado. La juez efectúa una valoración crítica de la prueba practicada (incluidas periciales económicas) y concluye que la decisión empresarial de continuar aumentando las reservas voluntarias no solo no en-

contraba justificación económica razonable, sino que se había adoptado en contra de los intereses y derechos de los socios minoritarios.

Para llegar a esa conclusión, la juez apela a los siguientes elementos de naturaleza económica: (i) los óptimos resultados de la compañía; (ii) inexistencia de previsión de gastos extraordinarios; y (iii) acreditada solvencia de la compañía (los peritos concluyeron que el reparto del 100 % de los beneficios del ejercicio no pondría en riesgo la sostenibilidad de la compañía en el corto y medio plazo).

Estimada la acción de impugnación del acuerdo social, la sentencia condenó a la sociedad demandada a repartir entre los socios la cantidad destinada a reservas voluntarias de ese ejercicio de forma proporcional a su cuota de participación en el capital social. La sentencia no esconde que la condena a la sociedad demandada a repartir dividendos es una cuestión discutida en la jurisprudencia, que viene negando de forma sistemática tal posibilidad.

Según esta corriente jurisprudencial, la labor del juez debe limitarse únicamente a declarar la ineficacia del acuerdo, obligando al órgano de administración a convocar nueva junta para aprobar un nuevo reparto, pero no puede sustituir la voluntad social¹.

No obstante, en el caso objeto de estudio concurrían ciertas particularidades que llevaron al juzgado a adoptar una postura alternati-

1.- Vid. por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 7 de mayo de 2014 (AC 2014,1115).

va. Y ello en la medida en que carecería de sentido obligar al administrador único de la empresa a convocar nueva junta para aprobar un nuevo reparto de beneficios cuando de la prueba práctica quedó acreditado que cualquier acuerdo que no consistiera en el reparto del 100 % de los beneficios obtenidos en el ejercicio seguiría siendo abusivo.

Por último, cabría preguntarse la virtualidad que tendrán pronunciamientos como el aquí comentado con el derecho de separación por falta de reparto de dividendos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

De momento, y sin que existan extensos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto,

nos inclinamos por pensar que nos encontramos ante dos instrumentos jurídicos claramente diferenciados y con objetivos diversos.

Ahora bien, un análisis casuístico de la cuestión nos lleva a concluir que las decisiones que tome la junta general respecto del reparto de beneficios (y, en especial, la falta de reparto de estos o el reparto en una proporción menor a la considerada como «económicamente razonable») podrán dar lugar, bien a una acción de impugnación del acuerdo en cuestión, o bien al ejercicio del derecho del socio minoritario a separarse de la compañía.

Doctrina reciente de la DGRN sobre la retribución de los consejeros ejecutivos

La DGRN ha vuelto a pronunciarse sobre la retribución de los consejeros ejecutivos en sus resoluciones de 31 de octubre de 2018 y 8 de noviembre de 2018. En ambos casos ha admitido la inscripción de determinados actos - modificación de estatutos y nombramiento de consejero delegado- cuya adecuación al criterio sostenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 en materia de retribución de los consejeros ejecutivos no era clara. No obstante, las consecuencias que pueden derivarse de ambas resoluciones son limitadas.

Sergio Sánchez. Procesal. Valencia

Tras la relevante sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (la **“Sentencia del TS”**), la Dirección General de los Registros y del Notariado (**“DGRN”**) ha tenido ocasión de volver a pronunciarse sobre la espinosa cuestión de la retribución de los consejeros ejecutivos de sociedades de capital en sus resoluciones de 31 de octubre de 2018 y 8 de noviembre de 2018.

Para un correcto entendimiento de la cuestión, es oportuno recordar que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (**“LSC”**), realizada por la Ley 31/2014, de 23 de diciembre (la **“Reforma”**), supuso un cambio radical en el tratamiento de las retribuciones de los conse-

jeros ejecutivos. En efecto, a diferencia de lo que había sido el criterio legal hasta el momento, la lectura conjunta de los artículos 217 y 249 de la LSC, en la redacción dada por la Reforma, llevaba a concluir que el establecimiento y determinación de la retribución de los consejeros ejecutivos quedaba remitida al contrato aprobado por el consejo de administración que preceptivamente debe celebrarse con el consejero en cuestión, sin necesidad de ningún tipo de previsión estatutaria. Dicha interpretación había sido acogida expresamente por la DGRN en sus resoluciones de 30 de julio de 2015, 15 de noviembre de 2015 y 17 de junio de 2016.

No obstante, la Sentencia del TS llegó a un entendimiento distinto al afirmar que, tras la Reforma, la retribución de los consejeros ejecutivos seguía rigiéndose por las reglas

generales aplicables a todos los administradores. La aplicación de este criterio presupone, en la práctica, la necesidad de que los estatutos prevean los sistemas retributivos aplicables a los consejeros ejecutivos y que la cuantía de la remuneración de estos últimos respete el límite global aprobado por la junta general. Además, y de forma cumulativa, debe celebrarse con los consejeros ejecutivos el contrato previsto por el artículo 249.3 de la LSC. Es cierto, sin embargo, que la Sentencia del TS, consciente de los fines de la Reforma, señaló la necesidad de interpretar con flexibilidad las reglas legales aplicables a la retribución de los consejeros ejecutivos, aunque no llegó a concretar las consecuencias que debían derivarse de dicha interpretación.

Como veremos a continuación, las dos resoluciones citadas mantienen una posición deliberadamente ambigua en la cuestión que nos ocupa y admiten la inscripción en el registro mercantil de determinados actos de las sociedades relacionados con la retribución de los ejecutivos cuyo respeto al criterio que se deduce de la Sentencia del TS es dudoso, sin manifestar, sin embargo, una posición de abierto rechazo a ese criterio.

LA RESOLUCIÓN DE 31 DE OCTUBRE DE 2018

La resolución estima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil a inscribir la siguiente cláusula estatutaria:

«Artículo 18.º Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo de cinco años, pudiendo ser reelegidos una o más veces

por períodos de igual duración. Vencido el plazo el nombramiento caducará cuando se haya celebrado la siguiente Junta General o haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta General.

Los Consejeros, en su condición de tales, es decir, como miembros del Consejo de Administración y por el desempeño de su función de supervisión y decisión colegiada propia de ese órgano, solo tendrán derecho a percibir de la sociedad, en concepto de remuneración: (i) dietas de asistencia a cada sesión del consejo; y (ii) una indemnización por cese, siempre y cuando el cese no esté motivado por el incumplimiento de las funciones del administrador, o fallecimiento. La cuantía de la remuneración de los administradores no podrá exceder de la cantidad máxima que a tal efecto tenga establecida la Junta General para el conjunto de los administradores.

Corresponderá al Consejo de Administración la fijación en cada ejercicio de la cantidad exacta a abonar a cada consejero dentro de aquel límite. Además, y con independencia de las dietas e indemnización por cese o fallecimiento, se resarcirá a los consejeros íntegramente el importe de todos aquellos gastos, debidamente justificados, en los que incurran por cuenta de la sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, los consejeros podrán desempeñar funciones ejecutivas y/o profesionales en la Sociedad, y en tal caso, tendrán derecho a percibir, adicionalmente, las retribuciones que correspondan

por el desempeño de dichas funciones ejecutivas.

A tal fin, cuando uno de los miembros del Consejo de Administración se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la Sociedad que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir de asistir [sic] a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión y deberá detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una remuneración por el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluyendo en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la Sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistema de ahorro.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de existencia de Consejo de Administración, el cargo de Consejero Independiente será retribuido con una cantidad fija que señalará anualmente la Junta General.

La Sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para los consejeros y directivos.

Sin perjuicio de lo anterior y con sujeción a la normativa propia de las operaciones vinculadas y al régimen de deberes de los ad-

ministradores, los consejeros podrán realizar cualquier tipo de suministro de servicios susceptible de ser prestados por terceros con arreglo a condiciones de mercado».

Como puede observarse, la cláusula establece que los consejeros, en cuanto tales, tienen derecho a percibir dietas por asistencia a las sesiones del consejo y a una indemnización por cese injustificado en el cargo, siempre que se respete el límite global aprobado por la junta general para el conjunto de consejeros. La cláusula continúa señalando que los consejeros ejecutivos tienen derecho a percibir una retribución específica por el desempeño de funciones ejecutivas, cuyos conceptos —incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la Sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistema de ahorro— deben ser detallados en el contrato previsto por el artículo 249.3 de la LSC.

El registrador mercantil rechazó la inscripción porque, acogiéndose a la tesis sostenida por la Sentencia del TS, entendía que los sistemas retributivos aplicables a los consejeros ejecutivos debían estar previstos en los estatutos sociales, sin que fuera admisible la remisión que la cláusula analizada realizaba al contrato previsto por el artículo 249.3 de la LSC.

En la resolución analizada, la DGRN comienza recordando que la Sentencia del TS es la única que, hasta la fecha, se ha pronunciado en el sentido señalado, de lo que se sigue que no ha fijado doctrina jurisprudencial. Pese a

ello, el órgano directivo manifiesta la conveniencia de tenerla en cuenta, aunque señala que el caso que se somete a su examen es distinto a aquel que resolvió el Alto Tribunal porque la cláusula estatutaria hace referencia a algunos conceptos retributivos.

En particular, la resolución indica que la cláusula *“incluye la eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y del párrafo segundo del mismo artículo estatutario se desprende que también están incluidos los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento”*.

A continuación, el órgano directivo indica que no es claro, a la luz de la tesis patrocinada por la Sentencia del TS, que sea exigible que los conceptos retributivos aplicables a los consejeros estén previstos en los estatutos sociales. No obstante, la DGRN concluye señalando que, aun suponiendo que la normativa exija la constancia estatutaria —cuestión sobre la que no se pronuncia—, no puede afirmarse que tal requisito haya sido vulnerado, porque la cláusula estatutaria analizada prevé algunos sistemas retributivos y no puede presumirse, *a priori*, que el contrato —que es ajeno a la calificación del registrador— vaya a establecer sistemas no previstos en aquella. La corrección de este último razonamiento de la DGRN plantea dudas porque, en realidad, la cláusula estatutaria no hace más que reproducir el contenido del artículo 249.4 LSC, sin pretensión de determinar los sistemas concretos

aplicables a la retribución de los consejeros ejecutivos.

LA RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2018

La resolución estima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil a inscribir el nombramiento de un consejero delegado porque el acuerdo indicaba que se había celebrado con el citado consejero el contrato previsto en el artículo 249 de la LSC, sin que los estatutos hubieran previsto el sistema retributivo aplicable. Como es notorio, al problema que apunta el registrador tiene su origen en la aplicación del criterio auspiciado por la Sentencia del TS.

La DGRN pone de manifiesto que, aunque la celebración del contrato con el consejero ejecutivo es preceptiva de conformidad con el artículo 249.3 de la LSC, no es necesario, sin embargo, que establezca una retribución, siendo admisible, por el contrario, que las funciones ejecutivas sean desempeñadas de forma gratuita. Con ello, viene a señalar que la calificación incurre en una petición de principio porque parte de la suposición de que dicho contrato establece una retribución. La resolución declara, además, que el contrato no es inscribible y que su calificación excede de la competencia del registrador mercantil.

Los argumentos expuestos, que son muy concluyentes, bastaban para justificar la calificación impugnada. No obstante, la DGRN no se resiste a volver a señalar que, a la luz de la Sentencia del TS y de la flexibilidad que patro-

cina en este ámbito, no es diáfano que sea necesario que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos estén previstos en los estatutos sociales.

CONSIDERACIONES FINALES

La lectura de las resoluciones citadas solo permite alcanzar algunas limitadas conclusiones. La primera de ellas es que el carácter retribuido de la prestación de funciones ejecutivas por los consejeros debe tener cobertura estatutaria. La segunda —que no planteaba dudas relevantes— es que el contrato previsto en el artículo 249.3 de la LSC escapa a la calificación del registrador mercantil. A partir de ahí, sin embargo, siguen suscitándose cuestiones muy relevantes cuya respuesta no es clara.

La primera de ellas tiene que ver con la necesidad de que los estatutos prevean los concretos sistemas de retribución aplicables a los consejeros ejecutivos. La resolución de 31 de octubre de 2018 es deliberadamente ambigua en este punto, en la medida en que el razonamiento formal que conduce a la estimación del recurso descansa en el hecho de que la cláusula estatutaria hacía referencia a algunos sistemas retributivos hipotéticamente aplicables a los consejeros ejecutivos. Como ya hemos indicado, la recta interpretación de la cláusula debía haber llevado a pensar que lo que estaba realmente contemplando era una remisión en bloque al contrato previsto en el artículo 249.3 de la LSC. La única consecuencia práctica que puede extraerse de la resolución es que, salvo que cambie de criterio, la DGRN no será particularmente exigente en

este punto y admitirá cualquier cláusula estatutaria de perfiles semejantes a la analizada. Con ello, sin embargo, no está resuelto el problema de fondo porque, como la misma resolución viene a reconocer implícitamente, no es descartable a la luz de la Sentencia del TS que la utilización en el marco contractual de sistemas retributivos no previstos en los estatutos sea considerada —por nuestros tribunales— contraria a la normativa aplicable en la materia.

La segunda cuestión que puede plantearse es si sería suficiente con que los estatutos establecieran varios sistemas posibles, quedando facultado el consejo de administración para optar por alguno de ellos a efectos de su utilización en el contrato. Tal posibilidad podría encontrar acomodo en la tesis favorable a la flexibilidad que sostiene —y no concreta— la Sentencia del TS. Así se ha mantenido en nuestra doctrina.

La tercera cuestión que puede plantearse es si las retribuciones de los consejeros ejecutivos también están sujetas al límite global anual aprobado por la junta general que prevé el artículo 217.3 de la LSC. La resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018 no se pronuncia sobre esta cuestión, aunque lo cierto es que la cláusula estatutaria admitida por ella solo sometía expresamente a dicha limitación a las retribuciones de los consejeros, en cuanto tales, y no a las de los consejeros ejecutivos. No obstante, el criterio sostenido por la Sentencia del TS se opone, claramente, a esta posibilidad.

Empresa Familiar y Clientes Privados

MADRID



Eduardo Trigo

Socio. Procesal
+34 915860458
eduardo.trigo@uria.com



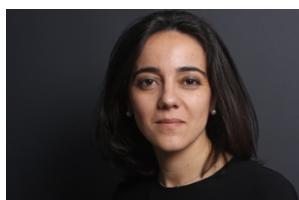
Fernando Calbacho

Socio. Mercantil
+34 915860158
fernando.calbacho@uria.com



Gloria Marín Benítez

Socia. Fiscal
+34 915860736
gloria.marin@uria.com



M.ª Encarnación Pérez-Pujazón

Counsel. Procesal
+34 915864525
mariaencarnacion.perez-pujazon@uria.com

BARCELONA



Luis Viñuales

Socio. Fiscal
+34 934165174
luis.vinuales@uria.com



Carlos Durán

Socio. Fiscal
+34 934165132
carlos.duran@uria.com

VALENCIA



Sergio Sánchez Gimeno

Socio. Procesal

+34 963531772

sergio.sanchez@uria.com



Carlos García-Olías

Socio. Fiscal

+34 963531762

carlos.garcia-olias@uria.com

BILBAO



Javier Balza

Socio. Procesal

+34 944163796

javier.balza@uria.com

**BARCELONA
BILBAO
LISBOA
MADRID
PORTO
VALENCIA
BRUXELLES
FRANKFURT
LONDON
NEW YORK
BOGOTÁ
BUENOS AIRES
CIUDAD DE MÉXICO
LIMA
SANTIAGO DE CHILE
BEIJING**