



UNA LEGISLATURA DE CAMBIO CON PREVISIBLE Y RELEVANTE IMPACTO FISCAL

INCENTIVOS FISCALES A LA EMPRESA FAMILIAR. PERÍODO A CONSIDERAR PARA VALORAR EL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE REMUNERACIÓN

LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DE LOS ALTOS DIRECTIVOS TAMBIÉN ESTÁ EXENTA

IMPUESTO CATALÁN SOBRE LOS ACTIVOS NO PRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL DÍA DESPUÉS

EL CUMPLIMIENTO DE UN PROTOCOLO FAMILIAR COMO OBLIGACIÓN ESTATUTARIA DE UNA SOCIEDAD

Editorial

El nuevo escenario político obliga a incluir dentro de las habituales novedades fiscales y societarias las medidas anunciadas en el acuerdo programático suscrito por el nuevo Gobierno de coalición y su impacto en la empresa familiar y las personas físicas. Como era previsible, se propone un incremento de la presión fiscal a las rentas más altas y a las rentas del ahorro, la revisión de la fiscalidad aplicable a grandes patrimonios e instrumentos de inversión, la limitación al 95 % de la exención en dividendos y plusvalías obtenidas por una sociedad de sus participadas y, por último, el establecimiento de nuevos tipos para grandes corporaciones y pymes.

En relación con los incentivos fiscales a la empresa familiar, queremos llamar la atención sobre recientes pronunciamientos administrativos que mantienen un criterio dispar sobre el período a considerar para valorar el cumplimiento del requisito de ejercicio por un miembro del grupo familiar de funciones directivas cuya remuneración suponga más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

Otra novedad con incidencia en la empresa familiar la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2019, que confirma la exención de las indemnizaciones percibidas por el personal con relación laboral especial de alta dirección.

Y no queríamos dejar de comentar los criterios que se han ido fijando en el ámbito administrativo en relación con el novedoso impuesto catalán sobre los activos no productivos de las personas jurídicas, una vez transcurrido su primer plazo de autoliquidación.

En la órbita societaria traemos a colación la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 sobre el cumplimiento de un protocolo familiar como obligación estatutaria de una sociedad. Con esta resolución, el centro directivo se desmarca de los criterios seguidos por los registros mercantiles y abre la posibilidad a otorgar eficacia societaria a los pactos fuera de los estatutos.

Como siempre, esperamos que nuestras reflexiones os sean de utilidad.



Eduardo Trigo y Sierra
Empresa Familiar y Clientes Privados

Una legislatura de cambio con previsible y relevante impacto fiscal

El acuerdo programático alcanzado por el PSOE y Unidas Podemos para posibilitar el gobierno de coalición de esta nueva legislatura incluye algunas propuestas de reforma fiscal que pueden tener un impacto relevante en la empresa familiar.

Luis Viñuales / Gloria Marín

Fiscal. Barcelona / Madrid

El año 2020 ha empezado con la investidura del primer presidente de un gobierno de coalición de nuestra historia democrática. El acuerdo programático alcanzado por el PSOE y Unidas Podemos el pasado 30 de diciembre para hacer posible esa coalición plantea una reforma fiscal que, en lo que atañe a la empresa familiar y a las personas físicas, obligará a revisar las estructuras existentes para su adaptación al nuevo marco legal.

En este sentido, los objetivos de la reforma anunciada que pueden tener incidencia en el régimen de la empresa familiar son los siguientes:

- Incremento de la presión fiscal sobre las rentas más altas, con un aumento de dos puntos porcentuales de los tipos impositivos para la base imponible que exceda de 130.000 euros y cuatro puntos para la parte que exceda de 300.000 euros.
- Incremento de la presión fiscal sobre las rentas del ahorro, con un incremento de cuatro puntos porcentuales en los tipos aplicables a rentas superiores a 140.000 euros.
- Revisión de la fiscalidad de los grandes patrimonios y mayor control mediante el impulso a la unidad especializada de control en la AEAT.
- Revisión de la fiscalidad aplicable a determinados instrumentos de inversión. En relación con las SICAV se propone restringir la posibilidad de su utilización como instrumento de inversión particular, con la concesión a la AEAT de competencia para supervisar el cumplimiento de sus requisitos regulatorios y el establecimiento de requisitos adicionales para garantizar su carácter colectivo. En relación con las SOCIMI, se propone revisar su régimen jurídico y fiscal

para aplicar un tipo de gravamen del 15 % sobre los beneficios no distribuidos.

- Limitación al 95 % de la exención —hoy en día plena— en los dividendos y plusvalías obtenidos por una sociedad de sus participadas, lo que puede tener una incidencia relevante en *holdings* familiares.
- Establecimiento de una imposición mínima del 15 % para las grandes corporaciones y reducción, en cambio, al 23 % del tipo de gravamen de las pymes que facturen menos de un millón de euros.

El pacto de coalición nada dice sobre la armonización autonómica de la imposición patrimonial y sucesoria (Impuesto sobre el Patrimonio e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). Deberán seguirse atentamente las iniciativas que se planteen sobre esta cuestión, que pueden hacer más relevante que nunca el cumplimiento del régimen de incentivos fiscales a la empresa familiar.

Incentivos fiscales a la empresa familiar. Período a considerar para valorar el cumplimiento del requisito de remuneración

La aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar exige, entre otros requisitos, que un miembro del grupo familiar ejerza funciones directivas cuya remuneración suponga más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas. El período a considerar para valorar el cumplimiento de este requisito ha sido una cuestión abierta y sigue siéndolo, a día de hoy, en lo que respecta a las adquisiciones *inter vivos*, como muestran recientes pronunciamientos discrepantes del TEAC y de la DGT.

Mónica Cid. Fiscal. Madrid

A los efectos de asegurar el relevo generacional y la continuidad de la empresa familiar, la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“ISD”) prevé una reducción del 95 % en la base imponible del impuesto para las transmisiones de empresas o de participaciones en sociedades que, entre otros, cumplan los requisitos para la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (“IP”). Uno de los requisitos de esa exención en el IP es que el sujeto pasivo o uno de los miembros de su grupo familiar ejerza funciones directivas cuya remuneración suponga más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas. Pues bien, como señalábamos en la *Tribuna de la Empresa Familiar* del mes de septiembre de 2018, el hecho de que uno y otro

impuesto se devenguen en momentos distintos (fecha de fallecimiento o donación, en el caso del ISD, y 31 de diciembre, en el IP) es origen de una de las principales dudas que surgen al valorar el cumplimiento de este requisito de remuneración: ¿Con respecto a qué período hay que hacer este análisis? ¿Con respecto al ejercicio anterior o con respecto al período transcurrido desde el inicio del ejercicio hasta el devengo del ISD?

La vieja Resolución 2/1999 de la DGT entendía que había que tomar en consideración el último período impositivo del IRPF a la fecha de devengo y ello le llevaba a concluir, solo para las adquisiciones *mortis causa* en las que el propio causante ejerce las funciones de dirección, que

el cálculo debe efectuarse atendiendo al período que va desde el principio del ejercicio hasta la fecha de devengo del ISD, al ser el fallecimiento causa de terminación del período impositivo de su IRPF. En los demás casos (esto es, donaciones o adquisiciones hereditarias en las que es un miembro del grupo familiar, distinto del causante, quien cumple el requisito de remuneración), se consideraba que debía atenderse al período impositivo del año anterior al devengo.

Pues bien, esta interpretación administrativa inicial ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Con la STS de 16 de diciembre de 2013 (rec. cas. 28/2010) se sostuvo que también en un supuesto de adquisición *mortis causa* en el que las funciones directivas no las ejercía el causante, sino otro miembro del grupo familiar, había que atender al período transcurrido desde el inicio del año natural del fallecimiento hasta la fecha de devengo del ISD, “pese a que para él [quien ejerce las funciones directivas] no se produzca el devengo anticipado [del IRPF] del ejercicio en que tiene lugar el deceso”. Ello por cuanto “si aceptáramos el criterio defendido por la Administración y consideráramos como ‘último’ ejercicio de renta el efectivamente devengado para el heredero, estaríamos tomando como referencia lo acontecido el año anterior, y no lo ocurrido el año en que tuvo lugar el fallecimiento de causante [lo cual] nos llevaría a situaciones ciertamente absurdas”. Esta doctrina, posteriormente asumida por el TEAC en resoluciones de 18 de mayo de 2017 y de 10 de octubre de 2017, ha sido confirmada definitivamente por la STS de 23 de mayo de 2019 (rec. cas. 6595/2017).

No obstante, sigue sin existir a día de hoy un criterio claro en el ámbito de las donaciones. ¿Resulta posible extrapolar esta jurisprudencia o debe entenderse que el período de referencia sigue siendo el ejercicio anterior? Pese a que los pronunciamientos del Tribunal Supremo no han tenido ocasión de pronunciarse sobre este caso, el TEAC se ha mostrado partidario recientemente de esta extensión en la resolución de 18 de junio de 2019 (rec. 2520/2016). En este sentido, el TEAC ha sido claro al afirmar que “la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2013, aunque se refiere al caso de adquisiciones *mortis causa* es aplicable al caso de donaciones que en esta vía se está revisando, porque ambas son situaciones en las que existe laguna normativa y porque ni en la sucesión (cuando la persona en la que hay que analizar las rentas es distinta del causante), ni en la donación, la normativa del IRPF indica que se interrumpe el período impositivo de dicha persona o del donante ya que esta situación solo se produce en el causante, y sin embargo el criterio jurisprudencial expuesto es atender al momento del devengo”.

Sin embargo, y pese a la rotundidad con la que se pronuncia el TEAC al confirmar que la jurisprudencia contenida en la STS de 16 de diciembre de 2013 es “perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, donación de empresa”, la DGT sigue mantenido la interpretación tradicional en su consulta vinculante n.º V1483-19, de 20 de junio, dictada con posterioridad a la resolución del TEAC. Según la DGT, “por lo que res-

pecta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al tratarse de un impuesto periódico cuyo período impositivo no se interrumpe con ocasión de la donación -al contrario que en la transmisión “mortis causa”, en la que el devengo de ambos impuestos sería coincidente- habrá que estar al último período impositivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas anterior a la donación”.

Es conveniente, en aras de la necesaria seguridad jurídica, que se aclare definitivamente el criterio en el ámbito de las adquisiciones *inter vivos*. Y sería deseable, tal y como ha señalado el TS en reiteradas ocasiones, que en esa aclaración se tuviera en cuenta que los incentivos fiscales a la empresa familiar deben interpretarse a la luz de la finalidad para la cual fueron establecidos, que no es otra que facilitar el relevo generacional y asegurar la continuidad de la empresa familiar, tal y como señaló la Comisión de la Unión Europea en la Recomendación 94/1069/CE, de 7 de diciembre. En este sentido, la STS de 5 de abril de 2019 (rec. cas. 2313/2017) apunta a una flexibilización en la interpretación del requisito, precisamente en relación con la acreditación de la principal fuente de renta. En este sentido, si, por un lado, confirma que el período de referencia debe ser el transcurrido desde el inicio del ejercicio hasta el devengo del ISD, por otro, considera que este criterio puede verse modificado, en pro de la aplicación del beneficio fiscal, en aquellos supuestos en que las concretas circunstancias lo requieran. Por ejemplo, en el supuesto enjuiciado,

la propia naturaleza de la actividad transmitida conllevaba que no se generasen beneficios hasta el segundo semestre del año. Esta circunstancia excepcional, unida a la acreditación de que en los ejercicios anteriores dicha actividad económica fue la principal fuente de renta, lleva al TS a implicar la regla general y tomar como referencia el ejercicio inmediato anterior al del fallecimiento.

En cualquier caso, el mismo razonamiento que en su día fue utilizado por la STS de 16 de diciembre de 2013 para extrapolar el criterio seguido cuando era el causante quien cumplía el requisito de remuneración a todos los demás supuestos de adquisiciones *mortis causa*, es igualmente aplicable, *mutatis mutandis*, a las adquisiciones por donación, pues la no extensión del criterio “llevaría a situaciones ciertamente absurdas; permitiría aplicar la reducción de la base liquidable a casos en los que concurriendo los requisitos exigidos en el [donatario] en el período impositivo de renta anterior al año en que se produjo [la donación] no se dieran en el momento en que acaeció [la donación]. Por el contrario, haría inviable la aplicación de la reducción en aquellas empresas familiares constituidas o puestas en funcionamiento en el mismo año [de la donación]; en estos casos la referencia al «ejercicio anterior» impediría la reducción de la base, a pesar de que en la fecha del devengo del impuesto sobre sucesiones se cumplieran las condiciones exigidas”.

La indemnización por despido de los altos directivos también está exenta

La Sentencia de 5 de noviembre de 2019 (recurso 2727/2017) del Tribunal Supremo ha dado un vuelco al tratamiento fiscal de las indemnizaciones por despido percibidas por el personal laboral de alta dirección al reconocer que estos directivos también tienen derecho a la exención prevista en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la parte que corresponde a la indemnización fijada legalmente.

Alberto Artamendi. Fiscal. Barcelona

El Tribunal Supremo ha dado un vuelco al tratamiento fiscal de las indemnizaciones por despido percibidas por el personal con relación laboral especial de alta dirección en la Sentencia de 5 de noviembre de 2019 (recurso 2727/2017). Esta sentencia considera que estos empleados también tienen derecho a la exención prevista en el artículo 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio por la norma aplicable.

La relación laboral de alta dirección está regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta direc-

ción. Esta norma prevé un régimen de indemnización mucho menos garantista para el empleado que el Estatuto de los Trabajadores, ya que permite el cese por desistimiento unilateral del empresario con una indemnización de siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades. También se prevé que la indemnización en caso de despido improcedente será de veinte días de salario por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades.

Tradicionalmente, la jurisprudencia del orden social había venido entendiendo que las indemnizaciones previstas en este régimen solo se aplicaban en defecto de pacto, de modo que era posible anularlas si así lo acordaban expresamente trabajador y empresario (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1990). En

consecuencia, la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995, con número de recurso 4174/1994, y de 13 de junio de 2012, con número de recurso 145/2009) había rechazado de forma reiterada el derecho a la exención porque, a su juicio, los altos directivos no tenían una indemnización establecida “con carácter obligatorio” en la norma aplicable. Este criterio era aplicado por la Dirección General de Tributos y los Tribunales Económico-Administrativos.

Sin embargo, la doctrina del orden social se modificó en la Sentencia del Tribunal Supremo 22 de abril de 2014, con número de recurso 1197/2013, en la que se consideró que no era posible anular por completo la indemnización del trabajador en régimen de alta dirección mediante pacto: “no parece lógico interpretar que el legislador permita un pacto –como el del caso de autos– cuyo contenido no se limite a fijar una cuantía diferente a esa subsidiaria sino que consista, lisa y llanamente, en eliminar toda indemnización”. A pesar de este cambio de criterio, tanto la Dirección General de Tributos (por ejemplo, Consulta Vinculante V2509-18, de 18 de septiembre) como los Tribunales Económico-Administrativos (por ejemplo, Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central 02704/2017/00/00, de 16 de enero de 2018) mantuvieron su doctrina anterior argumentando que, en realidad, la sentencia estaba estableciendo que tenía que existir una indemnización, pero no fijaba un importe mínimo con carácter obligatorio.

Esta interpretación fue corregida por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 8 de marzo de 2017 (recurso número 242/2015), en la que interpretaba que la nueva doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo implicaba que ahora existía un importe mínimo para la indemnización y que este importe debía gozar de la exención: “Pues bien, [de] la lectura de la ya citada Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2014 (rec. 1197/2013), se desprende que la indemnización de siete días de salario por año trabajado, con el límite de seis mensualidades, ha de ser considerada como indemnización mínima obligatoria para los supuestos de desistimiento del empleador”. Precisamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2019 (recurso 2727/2017) confirma la posición de la Audiencia Nacional y la fija como criterio interpretativo.

En nuestra opinión, la posición del Tribunal Supremo en el orden contencioso-administrativo es correcta toda vez que se ha confirmado que los altos directivos tienen derecho a una indemnización con carácter obligatorio y que existe una cuantía legalmente establecida en defecto de pacto. Asimismo, aunque la sentencia no lo indica expresamente, no apreciamos ninguna razón para no entender aplicable también este criterio en los casos en que el despido del alto directivo sea improcedente (donde la indemnización es de veinte días por año de servicio). Es cierto que estos supuestos pueden ser menos frecuentes en la práctica, dada la posibilidad de cesar la relación por voluntad unilateral

del empresario —mediante desistimiento— con una indemnización inferior, pero podría ser relevante en supuestos en los que el blindaje pactado con los directivos haga inviable el desistimiento unilateral o para el cálculo de la indemnización exenta en supuestos en los que el trabajador es despedido de forma improce-

dente bajo el régimen laboral ordinario, tras haber desempeñado previamente labores de alta dirección.

Impuesto catalán sobre los activos no productivos de las personas jurídicas: el día después

El 30 de noviembre de 2019 terminó el plazo de presentación de las primeras autoliquidaciones (modelo 540) del impuesto catalán sobre los activos no productivos de las personas jurídicas (IANP) correspondientes a los años 2017, 2018 y 2019. Según la información publicada en algunos medios de comunicación, aproximadamente 1400 sociedades domiciliadas en Cataluña han hecho frente a un coste total de 2,08 millones de euros (626.000 euros en 2017, 718.500 euros en 2018 y 741.400 euros en 2019).

Alejandro Villegas. Fiscal. Barcelona

Los criterios interpretativos publicados por la Generalidad de Cataluña han acabado teniendo, a buen seguro, un impacto no menor en la recaudación final del impuesto. Durante el primer plazo de declaración (del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2019) se publicaron varias respuestas a consultas tributarias en la página web del Departamento de Vicepresidencia y Economía y Hacienda.

Merece especial atención la única consulta vinculante —la n.º V289/19, de 17 de octubre— que presentó la delegación catalana de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF). De acuerdo con el criterio reflejado en la contestación

a la consulta, las entidades patrimoniales definidas en el artículo 5.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no tienen la condición de sujeto pasivo del IANP. Este criterio se fundamenta en que el artículo 6 de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/2017, de 9 de mayo, exige que las personas jurídicas tengan objeto mercantil para que estén sujetas al impuesto. Pues bien, de acuerdo con el criterio administrativo vinculante, una entidad que, por definición, no realiza una actividad económica no está sujeta al IANP.

La exclusión de las entidades patrimoniales del ámbito de aplicación del impuesto, además de ser un factor relevante para los resultados re-

caudatorios finalmente obtenidos, plantea algunos interrogantes. En particular, no se ha aclarado si solamente las sociedades mercantiles que sean patrimoniales en el sentido del artículo 5.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades quedan excluidas de la condición de sujeto pasivo o si, por el contrario, lo estarían también aquellas sociedades mercantiles que, sin ser patrimoniales, no llevan a cabo una ordenación de medios materiales y humanos para la producción de bienes o prestación de servicios. Pensamos principalmente en posibles sociedades *holding* que quedan fuera de la definición de entidad patrimonial en la medida en que la mayoría de su activo esté formado por participaciones iguales o superiores al 5 % y dispongan de un órgano de administración que las gestione, pero que no entreguen bienes ni presten servicios en el mercado.

Otros criterios administrativos relevantes (aunque no vinculantes) versan sobre el triple concepto de activo no productivo contenido en el artículo 4 de la Ley 6/2017.

- a) Respecto al supuesto de la letra a), relativo a la cesión gratuita a favor de socios o personas vinculadas con estos, varias consultas no vinculantes (entre otras, la consulta n.º 418/19, de 22 de noviembre) amplían el ámbito literal del precepto, que exceptúa su aplicación cuando dicha cesión “constituya” rendimiento en especie en el IRPF, exigiendo que dicha renta en especie haya tributado de manera efectiva.
- b) En cuanto al supuesto de la letra b), relativo a la cesión onerosa a favor de socios o personas vinculadas a estos, que exceptúa su aplicación cuando dichas personas satisfagan un precio de mercado por la cesión que sea inferior a las remuneraciones que perciban por trabajar de forma efectiva en la sociedad, se ha aclarado (mediante la consulta vinculante n.º V289/19, de 17 de octubre) que lo relevante es que dichas remuneraciones constituyan rendimientos del trabajo a efectos del IRPF con independencia de qué tipo de relación jurídica (laboral o de administrador) exista con el sujeto pasivo del impuesto.
- c) Finalmente, por lo que respecta a la letra c), relativa a aquellos activos no afectos a actividades económicas o de servicio público, en el caso de bienes inmuebles destinados al arrendamiento, únicamente se entenderá que existe actividad económica cuando para su ordenación se utilice, al menos, un empleado a jornada completa, condición esta que es necesaria pero no suficiente (consulta informativa n.º 346/19, de 4 de noviembre).

Por último, traemos a colación, por su relevancia, el cambio de criterio de la Dirección General de Tributos central, en su consulta vinculante n.º V0999/19, de 8 de mayo, que equipara las rentas derivadas de la transmisión de participaciones a los dividendos a los efectos de aplicar la regla de patrimonialidad sobrevenida en el Impuesto sobre el Patrimonio. Esta había sido la postura tradicional tanto del centro directivo

central como del catalán (este último en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones como tributo cedido), pero cambió en 2017 (consulta n.º V1240/17, de 19 de mayo) a raíz de las sentencias del Tribunal Supremo (STS de 28 de febrero, 1 de marzo y 30 de octubre de 2017) que vedaban dicha asimilación en el antiguo régimen de sociedades patrimoniales del Impuesto sobre Sociedades.

El pasado 1 de enero de 2020 se produjo el cuarto devengo de este novedoso impuesto. Resulta recomendable que las personas jurídicas con domicilio en Cataluña lleven a cabo un control de cumplimiento normativo relativo al IANP que considere los últimos pronunciamientos administrativos. Continuará...

El cumplimiento de un protocolo familiar como obligación estatutaria de una sociedad

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 26 de junio de 2018 (BOE del 10 de julio), ha venido a mostrarse conforme con la posibilidad de que los estatutos de una sociedad anónima incluyan como prestación accesoria no retribuida de los socios la obligación de cumplir las disposiciones pactadas de un acuerdo de socios (en el supuesto, un protocolo familiar), siendo para ello suficiente una remisión al protocolo elevado a público.

Carlos Francés Bataller

Procesal y Arbitraje. Madrid

En la órbita de las empresas familiares, surgen diversas cuestiones tan relevantes como la transmisión de acciones o participaciones entre distintas ramas familiares, la sucesión del negocio de la familia o la solución de diversos conflictos provocados dentro de la empresa familiar, entre otras.

Todo ello conduce de forma habitual a que entre los miembros de la familia se suscriban acuerdos privados en los que se establezcan los valores y principios que deben regir para evitar o afrontar cualquier problema que concurra en el seno de la familia y que pueda tener una afectación en la sociedad que subyace de esta.

Dentro de la tipología de acuerdos que suelen emplearse con mayor frecuencia, el protocolo familiar es la fórmula con mayor aceptación.

Sin embargo, no son pocos los problemas que han surgido tradicionalmente cuando se ha querido imponer a una sociedad (en el caso, con un componente familiar) el contenido de los diversos pactos suscritos entre los socios fuera de la sociedad. Estos acuerdos extrasocietarios tienen como única barrera en su contenido las limitaciones generales de la autonomía de la voluntad.

Tradicionalmente, la posibilidad de reconocer en los estatutos sociales las disposiciones de esos acuerdos hechos a medida de los socios,

pese a contar con un sólido respaldo doctrinal¹, ha encontrado una férrea oposición de los registros mercantiles sobre la base de la rigidez de los estatutos, los cuales no pueden contener pactos que se opongan a las leyes ni contradigan los nombrados “principios configuradores del tipo social elegido”².

Cabe subrayar en este punto la diferente naturaleza y eficacia jurídica que tienen los estatutos sociales y los pactos tomados entre los socios fuera de la sociedad, y, por tanto, los diferentes remedios ante las infracciones que se puedan presentar en cada uno. Las estipulaciones recogidas en los estatutos sociales permiten acudir a las diferentes soluciones societarias (impugnación de acuerdos, ineficacia de transmisiones, exclusiones de la sociedad y acciones de responsabilidad, entre otras), sin embargo, los acuerdos de socios fuera de la órbita de los estatutos deben transitar por el ámbito de la responsabilidad contractual.

Pues bien, la resolución que se analiza de la Dirección General de los Registros y del Notariado (la “DGRN”) de 26 de junio de 2018 da un vuelco a estos principios tradicionales.

El notario de Valencia, al que alude la resolución, autorizó en escritura pública incluir en los estatutos sociales de una sociedad anónima “*la prestación accesorial no retribuida del cumpli-*

miento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar/pactos sociales que consta en escritura pública” (el referido protocolo se encontraba de forma previa aprobado unánimemente mediante acuerdo de todos los accionistas/familiares).

El contenido del pacto aprobado por los socios versaba sobre la necesaria autorización de la sociedad para la transmisión de las acciones, ex artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”). La infracción del compromiso adoptado, a criterio del órgano de administración, conllevaba la exclusión de la sociedad del socio incumplidor. Esta cláusula, no obstante, obtuvo una calificación negativa de forma unánime por los registradores mercantiles de Valencia.

Ante esta calificación que impedía registrar y hacer oponible en el seno de la sociedad el pacto acordado en el protocolo familiar, formuló recurso el mismo notario de Valencia que autorizó la cláusula en escritura pública. La DGRN, tras analizar el supuesto, sin embargo, revierte la calificación y la resuelve como inscribible sobre las siguientes aseveraciones: (i) la cláusula cumple la exigencia legal de expresar en los estatutos sociales el “contenido concreto y determinado” de cualquier prestación accesorial, ex artículo 86.1 de la LSC, todo ello, sobre la base de que la disposición se encuentra perfecta-

1.- Esta tendencia se debe en gran parte a la influencia efectuada por el trabajo de C. Paz-Ares, «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 5, 2003, pág. 19 y ss.

2.- V. gr., artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital.

mente referida a través de la alusión a la escritura pública en que se formalizó el acuerdo adoptado, en este caso en el protocolo familiar. Asimismo, y bajo una sucinta fundamentación, (ii) la resolución revoca el otro vicio alegado por los registradores, en relación con que se estaría sujetando a la sociedad a unos pactos que legalmente son inoponibles a la sociedad, ex artículo 29 de la LSC.

La resolución analizada, con estos términos, se desmarca de un criterio extendido en los registros mercantiles y de nuestra tradición jurídica, lo que permite vislumbrar el problema que se exponía en las primeras líneas de este texto sobre la eficacia frente a la sociedad de los pactos fuera de los estatutos en la regulación actual.

De esta forma, la DGRN abre la posibilidad de otorgar eficacia en la óptica societaria de los pactos fuera de los estatutos, como sucede en este caso con la obligación originada en el protocolo familiar. En concreto, obliga a los actuales y futuros socios a cumplir la prestación accesorio determinada en el protocolo bajo el apercibimiento de ser excluidos de la sociedad.

En la práctica, se prevé que tras esta resolución pueda acudir con mayor frecuencia a esta fórmula, ya que no presenta dificultades para ser implantada y permite reforzar la efectividad frente a la sociedad de los acuerdos fuera de los estatutos.

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



Iratxe Celaya

Socia. Fiscal

+34 944794992

iratxe.celaya@uria.com

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

www.uria.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico