



¿QUÉ HACER AHORA CON LA RETRIBUCIÓN DE LOS
CONSEJEROS EJECUTIVOS?

RELEVANCIA DE LA PRÁCTICA HABITUAL PARA VALORAR
LA REGULARIDAD DE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA
GENERAL

LOS ESTATUTOS DE UNA SRL PUEDEN PREVER QUE EL
PRECIO DE TRANSMISIÓN *INTER VIVOS* DE LAS
PARTICIPACIONES SOCIALES SEA EL VALOR CONTABLE

POSESIÓN DE ESTADO PARA EL EJERCICIO DE ACCIÓN
DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN POR UN TERCERO
DISTINTO DEL HIJO

TAMBIÉN LOS NO COMUNITARIOS TIENEN DERECHO A
LAS BONIFICACIONES AUTONÓMICAS EN EL ISD

Editorial

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

En esta ocasión, dedicaremos la *Tribuna* al análisis de temas de actualidad que, inevitablemente, están teniendo aplicación práctica en la necesaria planificación de la empresa familiar para garantizar una gestión eficaz de su negocio desde las tres dimensiones implicadas —familia, propiedad y empresa—.

Entre otras resoluciones judiciales de interés, en el plano societario analizaremos las implicaciones de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 26 de febrero de 2018, que ha venido a alterar el escenario —aparentemente pacífico— que existía en relación con los requisitos para la retribución de los consejeros ejecutivos de sociedades no cotizadas. Nuestro Alto Tribunal ha interpretado que la retribución de los consejeros ejecutivos, además de tener que contar con contrato aprobado por el consejo, debe estar prevista en los estatutos y cumplir el límite global fijado por la junta general.

Desde el punto de vista fiscal, y por su relevancia para la planificación económica y sucesoria de la empresa familiar, dedicaremos la *Tribuna* al estudio de las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero y 22 de marzo de 2018, que han declarado el derecho de los descendientes que no residen en la Unión Europea a aplicar los beneficios autonómicos en las donaciones y adquisiciones hereditarias entre padres e hijos. Estas sentencias, que reconocen la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, abren el camino a que otros contribuyentes residentes en terceros Estados puedan reclamar la devolución de lo pagado de más por no haber podido aplicar los beneficios fiscales contenidos en las distintas normativas del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Con todo, esperamos que esta publicación sea un instrumento de utilidad e interés a sus destinatarios para la planificación de la empresa familiar.



Eduardo Trigo y Sierra
Empresa Familiar y Clientes Privados

¿Qué hacer ahora con la retribución de los consejeros ejecutivos?

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, interpretando la reforma de la normativa societaria de 2015, ha indicado que la retribución de los consejeros ejecutivos exige la constancia estatutaria y el sometimiento al límite global retributivo establecido por la junta general. El cambio respecto al criterio que, hasta la fecha, venía siendo el entendimiento común en este ámbito puede tener consecuencias en el plano societario y fiscal.

Sergio Sánchez. Procesal. Valencia

Gloria Marín. Fiscal. Madrid

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo por la Ley 31/2014 vino a dar una respuesta aparentemente definitiva a una cuestión —la retribución de los consejeros ejecutivos— que, según el sentir generalizado, no respondía a la realidad y necesidades de nuestras sociedades. Tras la reforma y de acuerdo con el criterio generalmente aceptado, confirmado por varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la retribución de los consejeros ejecutivos quedaba sometida, exclusivamente, al artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que exigía su establecimiento y determinación —incluyendo la eventual indemnización por cese en el desarrollo de las funciones— en un contrato previamente aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros sin intervención del interesado. Dicha retribución no debía cumplir, sin embargo,

el doble requisito establecido por el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, la constancia estatutaria del sistema retributivo y el respeto del límite global cuantitativo establecido por la junta general, que solo resultaría de aplicación a la retribución de las funciones colegiadas de los consejeros o a la retribución de los administradores cuando no adoptan forma colegiada (administrador único, solidario, mancomunado).

Este panorama, aparentemente pacífico, ha sido alterado por la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, que ha interpretado que también la retribución de los consejeros ejecutivos debe estar prevista en los estatutos y cumplir el límite global fijado por la junta general, a lo que ha de añadirse el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital a los que ya nos hemos

referido: contrato aprobado por el consejo de administración con los requisitos dispuestos por la norma.

Es oportuno indicar que la sentencia solo se refiere, razonablemente, a las sociedades no cotizadas. Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que su planteamiento se circunscribe al desempeño por los consejeros de funciones ejecutivas, y no a la realización de otro tipo de cometidos que podrían dar lugar a una relación contractual separada del cargo de administrador, posibilidad cuya licitud no ha sido puesta en entredicho.

Sin entrar a valorar los argumentos empleados por la sentencia (una revisión crítica exhaustiva puede encontrarse en C. PAZ-ARES: “Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018)”, *La Ley* 2567/2018), es oportuno realizar una breve valoración de su impacto en el marco anteriormente expuesto —retribución de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas—.

En el plano societario, conviene realizar un análisis particularizado que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada sociedad y, entre otras, la distribución del capital, la posible existencia de conflictos potenciales o actuales entre la mayoría y la minoría, y la práctica seguida por la sociedad. En cualquier caso, será necesario examinar los estatutos y valorar su posible modificación para adecuarlos al criterio de la sentencia. Igualmente, deberá revisarse el límite global retributivo establecido por acuerdo de la junta

general y, en su caso, promover un acuerdo que dé cobertura suficiente a las retribuciones previstas para los consejeros ejecutivos. No debe ignorarse, por otro lado, el riesgo de eventual reclamación de restitución de las retribuciones ya satisfechas que no se ajusten a los parámetros de la sentencia, riesgo que, en la práctica y dependiendo de las circunstancias concurrentes, puede ser más intenso o más remoto. Por ello, y sin restar relevancia a posibles argumentos de defensa —legítima confianza en la regularidad de la retribución y doctrina del enriquecimiento sin causa—, no puede descartarse la conveniencia de promover, si es posible, su ratificación por la junta general.

En cuanto al plano fiscal, es preciso recordar que, al tiempo que se llevó a cabo la reforma mercantil, también tuvo lugar la entrada en vigor de la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y que, en su artículo 15, cuando se relacionan los gastos no deducibles, se incluye en la letra e), relativa a los donativos y liberalidades, un inciso que aclara que “*no se entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad*”. En definitiva, la norma clarifica que no son liberalidades no deducibles las retribuciones percibidas por el administrador tanto por la realización de cometidos propios de una relación laboral ordinaria —cuya deducibilidad no ha planteado nunca dudas—

como por el desempeño de funciones de carácter ejecutivo —así, las de alta dirección—, y ello con independencia de que gocen o no de cobertura estatutaria.

A nuestro juicio, no cabe duda de que la finalidad de este inciso aclaratorio no es otra que la de poner fin a la controversia que, desde el lado fiscal, también había suscitado la remuneración de los administradores y consejeros que desempeñan funciones ejecutivas —que se habían venido calificando por la inspección como liberalidad no deducible cuando carecían de cobertura estatutaria—. Y por ello siempre hemos pensado que la letra f) añadida al elenco tradicional de gastos no deducibles en el artículo 15 de la nueva LIS (según la cual no serán deducibles los gastos «*derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico*») no debe ser óbice para admitir la deducibilidad de las retribuciones a esos administradores que desempeñan funciones ejecutivas en el día a día de la entidad.

Esta es, por lo demás, la interpretación que parece haber sostenido la Dirección General de Tributos hasta la fecha. Así, en su contestación a consulta vinculante n.º V4513-16, de 19 de octubre, en la que, en un caso en el que el órgano de administración estaba formado por cuatro administradores solidarios y los estatutos sociales determinaban que el cargo de administrador era retribuido, afirmó que las retribuciones percibidas por los administradores tanto “*por funciones de gerencia o dirección distintas de las funciones mercantiles de administrador*, como por las

propias de administrador, serán gastos fiscalmente deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades, siempre que cumplan las condiciones legalmente establecidas, en los términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo y justificación, por cuanto dichos gastos no se entienden comprendidos en la categoría de donaciones y liberalidades del artículo 15 de la LIS”. Y en Resolución de 4 de abril de 2016, en relación eso sí con una cuestión completamente ajena a la que nos ocupa, aclaró que la letra f) del artículo 15 de la LIS hace referencia a aquellos gastos “*cuya realización está castigada por el propio ordenamiento jurídico, como es el caso de los sobornos, de manera que su realización es contraria al mismo y está penada*”. Para la Dirección General de Tributos, en esta Resolución, “*la realización del propio gasto, el gasto ilícito, y que, como tal, conlleva una pena, es el gasto que no resulta fiscalmente deducible. Dicha ilicitud, sin embargo, no puede atribuirse a la existencia de meros defectos formales, cuya subsanación resulte posible sin consecuencias gravosas*”.

A la luz de lo dicho, podría llegarse al entendimiento de que la retribución percibida por los administradores de cualquier tipo —esto es, incluso el administrador único, los solidarios y los mancomunados— por el desempeño efectivo de funciones ejecutivas es deducible en el Impuesto de Sociedades, aunque no esté prevista en los estatutos.

De ser correcta la afirmación anterior, habría que concluir que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no debería

tener ningún tipo de efectos en el ámbito tributario.

Suponiendo, no obstante, que llegara a entenderse que la deducción solo es admisible si la retribución es conforme a Derecho, la aplicación de la tesis sostenida por la citada sentencia podría llevar a concluir que la remuneración satisfecha a los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas solo es deducible si está prevista en los estatutos y respeta el límite global establecido por la junta general. Aunque lo cierto es que, incluso en ese caso, la deducibilidad de la remuneración

ya satisfecha antes de la sentencia que comentamos podría fundarse en el principio de confianza legítima, que también integra el ordenamiento jurídico.

Dicho todo esto, también desde el lado fiscal es necesario revisar la situación concreta de cada sociedad particular. Ya se sabe que a río revuelto, ganancia de pescadores, y que los órganos de inspección traten de pescar en las aguas de la retribución de los consejeros tras la sacudida que le ha dado la sentencia comentada es algo que, hasta la fecha, no se puede en absoluto descartar.

Relevancia de la práctica habitual para valorar la regularidad de la convocatoria de la junta general

El Tribunal Supremo declara la nulidad de una junta general de accionistas que fue convocada conforme al cauce legal y estatutario, pero contraviniendo una práctica consolidada en la sociedad.

Álvaro Iglesias. Procesal. Madrid

El cumplimiento escrupuloso de las formalidades establecidas en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, así como las de los estatutos sociales, no siempre garantiza la validez de la convocatoria de la junta general. Es preciso también que se cumplan los usos establecidos por la práctica habitual de la sociedad.

Así lo ha explicado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) n.º 510/2017, de 20 de septiembre (rec. cas. n.º 1330/2015), que ha declarado nula una junta cuya convocatoria cumplió con todos los requisitos legales y estatutarios que resultaban exigibles (publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor difusión en la provincia, en el caso enjuiciado), pero que no había sido efectuada de acuerdo con la práctica habitual en la sociedad (aviso verbal e individualizado).

La ruptura de la pauta general para convocar las juntas puede constituirse en un indicio de la

voluntad del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, si bien podría desvirtuarse si, por ejemplo, pudiera probarse que se informó a los socios sobre el abandono del uso habitual. Debe recordarse que el establecimiento de exigencias legales y estatutarias para la convocatoria de la junta tiene como razón de ser garantizar que esta sea conocida por los socios y que estos puedan ejercitar los derechos políticos de asistencia y voto que les corresponden como tales. Por ello, se podría cuestionar la validez de la convocatoria cuando el apartamiento de la práctica habitual de la sociedad pone de manifiesto una voluntad de que pase desapercibida.

En otras palabras, el cumplimiento escrupuloso de las formalidades legales y estatutarias es condición necesaria, pero no suficiente, de validez de la convocatoria de la junta general, pues esta debe respetar también “*el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad*”. De lo contrario, la convocatoria podría llegar a ser declarada nula.

Los estatutos de una SRL pueden prever que el precio de transmisión de las participaciones sociales sea el valor contable

La Dirección General de los Registros y el Notariado admite las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión *inter vivos* de participaciones sociales que establecen el valor contable como valor a satisfacer al socio transmitente.

► [Resolución de la DGRN, 15.11.2016](#)

Noelia González y Sergio Sánchez
Procesal. Valencia

La resolución de 15 de noviembre de 2016 de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) admite la inclusión en los estatutos de una sociedad limitada, por acuerdo unánime de los socios, de una previsión según la cual, en caso de ejercicio por los demás socios del derecho de adquisición preferente en un supuesto de transmisión *inter vivos*, el precio de las participaciones sociales será el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta General, siempre que sea inferior al comunicado por el socio transmitente. La resolución viene a superar la tradicional resistencia de la DGRN a admitir cláusulas estatutarias que impongan al socio transmitente un criterio de determinación del precio no basado en el valor razonable. Se trata de un cambio de planteamiento que ya comenzó a vislumbrarse en una resolución

anterior de 2 de noviembre de 2010, que admitió la validez de una cláusula estatutaria que, para un supuesto de separación de socios en una sociedad limitada, establecía un criterio de valoración diferente al del valor razonable.

El cambio de planteamiento no se extiende, sin embargo, a las acciones de las sociedades anónimas, respecto a las cuales existe una expresa prohibición reglamentaria de las restricciones estatutarias que impidan al accionista la obtención del valor real. No obstante, la línea de argumentación seguida por la resolución comentada favorece la adopción de un criterio menos restrictivo en dicho ámbito. El razonamiento de la DGRN se fundamenta en la inexistencia de una prohibición legal a la posibilidad de pactar en los estatutos de la sociedad limitada sistemas de determinación

del precio de las participaciones distintos al del valor razonable, que ello no presupone un trato expropiatorio al socio que conduzca a una situación que haga prácticamente intransmisible su participación, que el pacto fue adoptado fue unanimidad y que, en última instancia, es una expresión más de la autonomía de la voluntad en la configuración de la posición del socio que también se manifiesta en las cláusulas sobre el derecho al dividendo y a la cuota de liquidación.

No obstante, la resolución manifiesta un parecer contrario a la admisibilidad del valor contable

como criterio de valoración en aquellos casos en los que es la misma sociedad la que ejercita el derecho de adquisición preferente. El argumento empleado en contra de esta posibilidad es que dado que el balance a partir del cual debe determinarse dicho valor es aprobado por la junta general, no quedan satisfechas las exigencias legales de imparcialidad y objetividad que ha de cumplir todo sistema de valoración.

Posesión de estado para el ejercicio de acción de reclamación de filiación por un tercero distinto del hijo

La acción de reclamación de filiación puede ser ejercitada por un tercero distinto del supuesto hijo con interés legítimo, pero solo cuando, según dice el art. 131 del CC, existe posesión de estado; esto es, cuando existe una actuación mantenida en el tiempo que es reveladora de las relaciones de filiación y parentesco del supuesto descendiente con la persona señalada como su presunto progenitor. La Audiencia de Las Palmas parece relativizar los requisitos exigidos jurisprudencialmente para atribuir la posesión de estado.

Eduardo Trigo. Procesal. Madrid

Para apreciar la existencia de posesión de estado, la jurisprudencia ha venido exigiendo que los actos que integran la relación paterno-filial (concretados en el *nomen*, *tractatus* y *reputatio*) sean reiterados y públicos, de forma que la posesión de estado (i) exista desde el principio y (ii) persista al tiempo de la reclamación de la filiación, siendo irrelevante que se hayan producido eventuales interrupciones en la manifestación de *afectio* a lo largo de la relación entre el presunto progenitor y su supuesto descendiente.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo, declara la posesión de estado sobre la base de la declaración testifical de la tía maternal del supuesto hijo (ambas trabajaban

en la misma casa del demandado y presunto padre) y de dos hechos aislados: la asistencia del presunto progenitor demandado al velatorio de su supuesto hijo y la donación de aquel a este en un importe elevado (230 millones de pesetas).

A la luz de la valoración de esas circunstancias, la sentencia considera probado que existió posesión de estado, reveladora de la libre voluntad del progenitor de prestar asistencia, cuidado y compañía a su presunto hijo y que esa actuación era conocida en el seno de la familia, aunque no llegara a ser ostensible ni el demandado hiciera alarde de ello.

Con ello, parecen relativizarse las exigencias jurisprudenciales de la posesión de estado para atender más a la búsqueda de la

verdadera intención del presunto progenitor, de forma que el criterio de otorgar especial significación a determinados actos relevantes

de esa intención prevalecen frente a un criterio que solo atienda a la de reiteración de actos de menor trascendencia.

También los no comunitarios tienen derecho a las bonificaciones autonómicas en el ISD

Las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero y 22 de marzo de 2018 han declarado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por no haber extendido a los residentes en terceros Estados la corrección de la discriminación de los no residentes en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones según fue apreciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 3 de septiembre de 2014. Como es sabido, aunque el legislador suprimió esa discriminación en la reforma introducida por la Ley 26/2014, esa supresión se limitó a residentes en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, y no se extendió a residentes en terceros Estados.

Álvaro Paniagua. Fiscal. Valencia

El 3 de septiembre de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró que la regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones español (ISD) era contraria al derecho de la Unión por constituir una restricción a la libre circulación de capitales al permitir que se establecieran diferencias en el trato fiscal de las donaciones y sucesiones entre residentes y no residentes en España, con el resultado de que la carga fiscal soportada en las adquisiciones por herencia o donación de un no residente fuera mayor, en igualdad de circunstancias, a la soportada por el no residente.

La situación fue corregida por el legislador con la reforma de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, pero los efectos de esta se limitaron solo a los

residentes en la Unión Europea (UE) o en el Espacio Económico Europeo (EEE). Para los residentes en terceros países, entendía la Administración que la doctrina emanada del TJUE carecía de efectos jurídicos, y sobre este entendimiento el Consejo de Ministros desestimó las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador interpuesta por residentes en terceros países al entender que la aplicación de la normativa del ISD en la liquidación del impuesto a las adquisiciones hereditarias de las que eran beneficiarios tenía un efecto discriminatorio contrario a la libre circulación de capitales.

En las recientes sentencias de 19 de febrero y 22 de marzo de 2018, sobre responsabilidad

patrimonial del Estado legislador, el Tribunal Supremo ha concluido que los efectos de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 resultan plenamente aplicables a los residentes en terceros Estados y, consecuentemente, condena al Estado español a indemnizar a los reclamantes con la diferencia entre lo que pagaron por el impuesto y lo que les hubiera correspondido pagar si les hubieran sido de aplicación las reducciones y bonificaciones contenidas en la normativa autonómica aplicable. A estos efectos, el Tribunal Supremo hace suya la jurisprudencia del TJUE que estipula que, salvo en supuestos excepcionales, el principio de libre circulación de capitales tiene la misma amplitud, significado e interpretación cuando el movimiento se produce entre países miembros de la UE o del EEE que cuando se produce entre alguno de estos países y un tercer Estado.

Esta doctrina del Tribunal Supremo abre la puerta a que otros contribuyentes residentes en terceros Estados distintos a la UE y el EEE puedan reclamar, en ejercicios que no se

encuentren prescritos a día de hoy, la devolución de lo pagado de más por no haber podido aplicar los beneficios fiscales contenidos en las distintas normativas autonómicas del ISD. La reclamación no podrá articularse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador —por cuanto la acción prescribió el 10 de noviembre de 2015, un año después de la publicación en el *Diario Oficial de la UE* de la Sentencia del TJUE—, sino a través de la rectificación de las autoliquidaciones en su caso presentadas.

Para el futuro, sería deseable un cambio normativo para que la ley haga extensivo a los residentes en terceros países el régimen que ya prevé expresamente para los residentes en la UE y el EEE, permitiendo en todo caso la aplicación de los incentivos. De esta manera, se evitaría que el contribuyente tuviera que abonar el impuesto para seguidamente instar su rectificación para solicitar la devolución de lo pagado de más, con los costes que para todos ello conlleva.

Empresa Familiar y Clientes Privados

MADRID



Eduardo Trigo

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



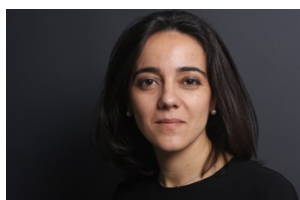
Fernando Calbacho

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



Álvaro Iglesias

Asociado principal. Procesal
+34 915860139
alvaro.iglesias@uria.com

BARCELONA



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



Arantza Estefanía

Socia. Procesal

+34 944794988

arantza.estefania@uria.com

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