

Your World First

C/M/S/

Law.Tax

# Referencias Jurídicas

Marzo 2018

# Referencias Jurídicas

Marzo 2018

---

## Artículos de fondo

---

### Corporate / M&A

**El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas** .....5  
Íñigo Hernáez

---

## Posts jurídicos

---

### Corporate / M&A

**¿Puede el titular de un derecho de opción de compra sobre participaciones sociales impugnar un acuerdo de aumento de capital de la sociedad sobre la base de un abuso de derecho?** .....8  
Rosa Cañas

**La doctrina del levantamiento del velo: ¿un remate final?** .....10  
Alina Martiniva

**Cuando el Registrador no pudo designar al auditor solicitado por la minoría, tampoco podrá nombrar a su sustituto** .....12  
Ángel Ruiz

### Bancario y Financiero

**El prestatario debe soportar el pago del impuesto generado por la constitución de una hipoteca** .....14  
Concepción Padilla



## Laboral

<b>Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española a la normativa comunitaria</b> .....	16
César Navarro	

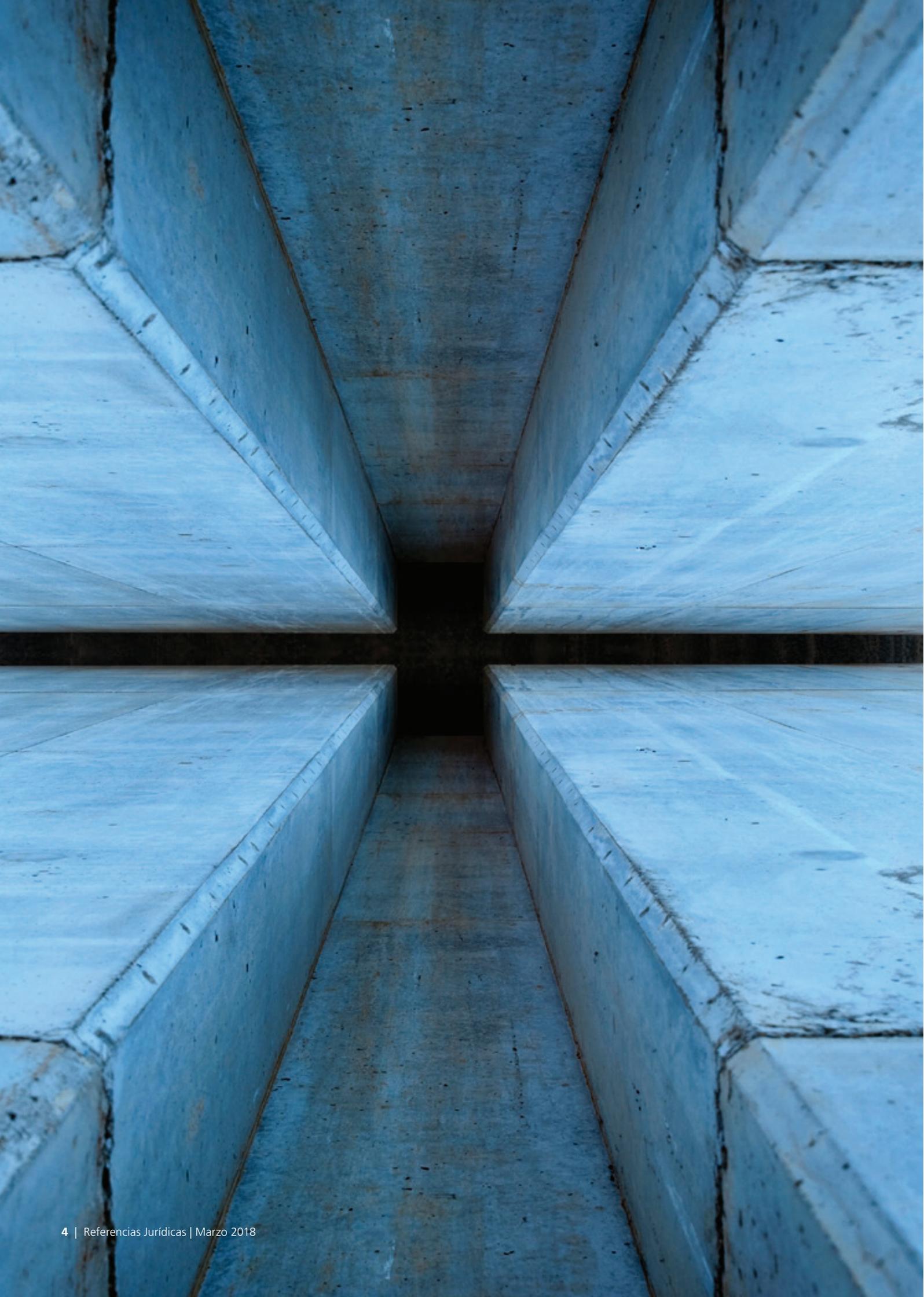
<b>La utilización de cámaras ocultas vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores</b> .....	18
Paloma Gómez y Elena Esparza	

## Procesal

<b>La protección de los créditos de la SAREB no alcanza a los declarados definitivamente subordinados antes del RDL 6/2013</b> .....	20
Álvaro Feu	

## Tributario

<b>A vueltas con la retribución de administradores: el sistema de remuneración de los consejeros debe constar en estatutos. Consideraciones fiscales</b> .....	22
Alejandra Jiménez	



## Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

### Corporate / M&A

Marzo 2018

---

# El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas

Iñigo Hernáez

El Tribunal Supremo ha dictado el 26 de febrero de 2018 una esperada sentencia en relación con el régimen de la retribución de los administradores y, en concreto, de los consejeros ejecutivos. En ella se exige que (i) los estatutos de la sociedad establezcan el sistema de remuneración, incluyendo el de los consejeros con funciones ejecutivas (precisando todos los conceptos remuneratorios), y que (ii) dentro del importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores fijado por la junta general se incluyan las cuantías a abonar a los consejeros ejecutivos.

Con esta interpretación, el Tribunal Supremo se desmarca de la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), para quienes las modificaciones introducidas en la regulación de la retribución de los administradores por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, establecían una dualidad de regímenes retributivos; uno para los administradores en su condición de tales, sujeto a reserva estatutaria y al acuerdo de junta que prevé al art. 217.3 de la LSC y otro para los consejeros ejecutivos, que se someterían a la regulación contractual, de acuerdo con lo dispuesto en el

art. 249.3 LSC y no al régimen general del 217 LSC. Esta doctrina, en virtud de la cual la retribución de los consejeros ejecutivos no se sometería a las exigencias de los estatutos y no estaría condicionada por los acuerdos de la junta general, sino que se fijaba simplemente en el correspondiente contrato, se vino perfilando en varias resoluciones de la DGRN y puede resumirse en lo que afirma la resolución de 17 de junio de 2016, que fue en la que fundamentalmente se basó la Audiencia Provincial para estimar el recurso de apelación.



Los fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal Supremo comienzan analizando el régimen retributivo de los administradores antes de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. A continuación, se sistematiza el contenido de la reforma de la LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre y cuyo significado y alcance, en lo relativo a la retribución de los consejeros ejecutivos, constituyen el objeto de la sentencia que nos ocupa. Sigue a ello la parte decisiva de la sentencia, en la que se aborda cuidadosamente la tesis de la Audiencia Provincial y la DGRN relativa a la desaparición de la reserva estatutaria para la remuneración de los consejeros ejecutivos.

El Tribunal Supremo no comparte las conclusiones de aquella ni la doctrina de ésta sobre el significado de la reforma del régimen legal de la remuneración de los administradores. Como apoyo para desmontar dicha tesis, el Tribunal Supremo utiliza diversos argumentos que constituyen el grueso de la sentencia y que enumeramos a continuación:

- El artículo 217 LSC no regula exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, ya que la literalidad de la norma no distingue entre distintas categorías de administradores; por tanto, lo que este precepto exige es la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo y el concreto sistema de remuneración para todo cargo de administrador y no exclusivamente para una categoría de ellos.
- Los administradores sociales, “en su condición de tales”, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas. La condición del administrador no se circunscribe al ejercicio de facultades deliberativas o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto estas facultades como las ejecutivas y el hecho de que la ley permita la delegación de algunas de esas facultades no excluye que se traten de facultades inherentes al cargo. No es correcto, por tanto, circunscribir las facultades propias de los administradores “en su condición de tales” a las que son indelegables en un consejo de administración. Si algunos miembros del órgano de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, pues sólo en calidad de tales pueden recibir la delegación del consejo.
- La mayoría de los conceptos retributivos establecidos en el art. 217.2 LSC son los propios de los consejeros ejecutivos, en concreto, la participación en beneficios (218 LSC) y la remuneración en acciones (219 LSC). De hecho, estos conceptos retributivos carecen de aplicación práctica en el caso de consejeros no ejecutivos.
- El artículo 249.bis.i. LSC prevé que el consejo no pueda delegar “las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general”. La ubicación del precepto y su referencia a los consejeros en general (por tanto, no a los consejeros ejecutivos, ni siquiera a los administradores en su condición de tales) muestran que la exigencia de reserva estatutaria se extiende a todos los administradores sociales, incluyendo los consejeros delegados y ejecutivos.

- Es contradictorio defender que, aunque el art. 217.2 LSC no es aplicable a los consejeros ejecutivos, sí lo son los arts. 218 y 219 LSC ya que estos preceptos son el desarrollo de dos de los conceptos retributivos previstos en el art. 217.2 LSC.
- Los términos del contrato del art. 249.3 y 4 LSC presupone el acuerdo del consejo por el que se distribuirá la retribución entre los distintos administradores con base en el art. 217.3 LSC. Según este precepto, el consejo deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. El Tribunal Supremo no entiende qué distintas funciones y responsabilidades, que no sean las ejecutivas, pueden determinar el desigual reparto de remuneraciones.
- La interpretación realizada por la Audiencia Provincial supondría comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente los minoritarios, lo que iría en contra de los objetivos expuestos en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

La interpretación conjunta de las anteriores consideraciones junto con la interpretación sistemática de los arts. 217, 218, 219 y 249 LSC conduce al Tribunal Supremo a concluir que lo establecido en los arts. 217 y 249 LSC no son reglas alternativas, sino que tienen un carácter cumulativo. Los arts. 217 a 219 LSC representan el régimen general, aplicable a todos los administradores incluidos los consejeros ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Supremo estructura el sistema de retribución de los administradores, tras la reforma de la Ley 31/2014, en tres niveles:

- i. Un primer nivel constituido por los estatutos sociales, que deben establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo; pero esto no sería suficiente, pues la cláusula objeto de debate en esta sentencia preveía expresamente que el cargo fuese remunerado, aunque remitía al efecto al contrato que había de firmarse con el consejero; en efecto, el Tribunal Supremo exige, además, que en los estatutos se fije el concreto sistema de remuneración que se habrá de aplicar.
- ii. Un segundo nivel se refiere a los acuerdos de la junta general, órgano encargado de fijar el importe máximo de la remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas, sin perjuicio de que en el acuerdo de la junta se pueda establecer, eventualmente, una política de remuneraciones de manera análoga a como la junta ha de proceder en las sociedades cotizadas.
- iii. El tercer nivel está determinado por las decisiones de los propios administradores a los que, salvo que la

junta determine otra cosa, corresponde la distribución de la retribución entre ellos, en consideración a las funciones y responsabilidades de cada consejero.

Esta sentencia del Tribunal Supremo está generando una lógica incertidumbre, dado que la interpretación en el sentido rechazado por nuestro Alto Tribunal había gozado de amplio predicamento en la práctica. Pero, además, su aparente claridad no evita que subsistan ciertas dudas en relación con su alcance, sobre todo en lo que se refiere al tipo de sociedad al que se extiende la interpretación. Y es que la sentencia se refiere a un precepto estatutario de una sociedad de responsabilidad limitada, donde probablemente la sensibilidad del Supremo hacia los derechos del socio minoritario y el posible impacto negativo que en ellos pudiera tener una falta de transparencia en la retribución de los consejeros ejecutivos, sea considerablemente mayor. El Tribunal Supremo no hace explícito si la diferente casuística de las sociedades cotizadas (en la que la protección parece venir del especial régimen de transparencia de las retribuciones de los consejeros) permitiría una solución distinta. El silencio sobre este particular hará posiblemente inevitable que se debata sobre la posible aplicación extensiva de esta novedosa jurisprudencia en sede de sociedades cotizadas.

En definitiva, qué duda cabe de que nos encontramos ante una resolución de enorme importancia y que generará una intensa polémica en el ámbito jurídico ya que ha venido a desmontar la interpretación que venía defendiendo, con alguna voz discrepante, una parte importante de la doctrina científica, además de la propia DGRN, sobre uno de los temas más debatidos en el ámbito del Derecho de sociedades. El Supremo, intentando atajar ciertas polémicas, ha venido a agitar un debate que estimulará interesantes discusiones sobre una cuestión que, por el momento, está lejos de ser pacífica.

Bien es cierto, por otro lado, que tampoco podemos saber en qué sentido se pronunciará el Tribunal Supremo en posteriores casos, teniendo en cuenta que esta ha sido la primera sentencia sobre el asunto y que es esperable que vengan otras en el futuro. No obstante, no pueden desconocerse el rigor y detalle del Tribunal Supremo en la fundamentación de sus conclusiones, con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo con la posición tomada en un tema que ha venido ocupando a gran parte de la comunidad jurídica durante los últimos tres años.

# ¿Puede el titular de un derecho de opción de compra sobre participaciones sociales impugnar un acuerdo de aumento de capital de la sociedad sobre la base de un abuso de derecho?

Rosa Cañas  
Departamento de Corporate / M&A

En su reciente sentencia de 14 de febrero, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, ha confirmado el fallo de la Sección Cuarta de Audiencia Provincial de A Coruña, en virtud del cual se declaró nulo un acuerdo de aumento de capital social. La principal cuestión debatida se refería a la legitimación del tercero dado que el acuerdo había sido adoptado en abuso de derecho con la finalidad de perjudicar al titular de un derecho de opción de compra sobre las participaciones sociales de la sociedad.

Los socios titulares de la totalidad del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada suscribieron un contrato con un tercero, en virtud del cual concedieron a este un derecho de opción de compra sobre sus participaciones, representativas de aproximadamente el 60% del capital de la Sociedad. Inmediatamente después de recibir de la comunicación del titular de la opción en la que este ejercitaba el derecho, los socios de la Sociedad, constituidos en junta general, acordaron por unanimidad aumentar el capital social, siendo el aumento íntegramente asumido por uno de los socios mediante la compensación de un crédito que alegó que ostentaba frente a la sociedad, el cual traía causa de unos pagos por caja realizados por cuenta de ésta.

A los efectos de evitar la dilución de su participación en el capital de la sociedad al ejercitar la opción de compra, el titular de la opción interpuso demanda de juicio ordinario frente a la sociedad solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de aumento de capital, la cual fue desestimada por el Juzgado Mercantil nº 2 de A Coruña, por considerar que el acuerdo de aumento no había lesionado el interés de la sociedad. Dicho fallo fue recurrido por el demandante ante la Audiencia Provincial de A Coruña, la cual apreció la existencia de interés legítimo por parte del demandante, estimando, asimismo, que el acuerdo de aumento de capital había sido adoptado en abuso de derecho.

En virtud de la sentencia objeto de análisis, el Tribunal Supremo confirma la interpretación del concepto de "*interés legítimo*" realizada por la Audiencia Provincial de A Coruña. Si bien a los socios y a los administradores se les presume interés legítimo en todo caso, este no puede limitarse únicamente a dichos supuestos. En caso de terceros, el interés legítimo ha de ser valorado, caso por caso, en sede judicial. De los hechos probados se desprende la existencia en el caso de un interés legítimo en la medida que la adopción del acuerdo de aumento impidió al demandante adquirir el control de la Sociedad de acuerdo con lo pactado con los socios que le reconocieron la opción.

Lo cierto es que en el caso no cabía aseverar que el acuerdo de aumento de capital lesionase el interés social ni que fuese impuesto por la mayoría a la minoría, tal y como exige el art. 204 LSC para la impugnación de acuerdos, toda vez que el acuerdo se adoptó por unanimidad. Por ello, el Tribunal Supremo, mediante una interpretación extensiva del término ley, concluyó que, a pesar de no ser contrario a ninguna ley en concreto, el acuerdo de aumento de capital es contrario al ordenamiento jurídico por constituir un



El Tribunal Supremo enfatiza que el recurso a la figura del abuso de derecho ha de ser subsidiario, debiéndose analizar siempre, en primer término, la eventual infracción de deberes jurídicos específicamente tipificados.

supuesto de abuso de derecho contemplado en el art. 7.2 del CC y, por lo tanto, podría ser declarado nulo.

A este respecto, cabe señalarse que en el caso analizado se cumplen los requisitos exigidos por el art. 7.2 del CC, y la jurisprudencia que lo desarrolla, para apreciar un supuesto de abuso de derecho: (i) el acuerdo fue adoptado de forma válida desde un punto de vista formal; (ii) no obstante, causó un daño al demandante al impedirle adquirir el control de la Sociedad, no estando dicho interés protegido por una prerrogativa jurídica específica; y (iii) de las circunstancias concurrentes (*i.e.* el acuerdo fue adoptado inmediatamente después de recibir la comunicación del ejercicio del derecho de opción y los pagos a cuenta de los que traía causa el crédito objeto de compensación no fueron empleados en beneficio de la Sociedad) parece inferirse que el derecho de los socios consistente en votar a favor del acuerdo, en lugar de responder a la satisfacción del interés social, fue empleado de forma anómala, con la finalidad de perjudicar al demandante.

Por último, el Tribunal Supremo enfatiza que el recurso a la figura del abuso de derecho ha de ser subsidiario, debiéndose analizar siempre, en primer término, la eventual infracción de deberes jurídicos específicamente tipificados.

# La doctrina del levantamiento del velo: ¿un remate final?

Alina Martiniva  
Departamento de Corporate / M&A

La reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del TS del 30 de enero de 2018 continúa desarrollando la doctrina de levantamiento del velo y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las sociedades de capital por las obligaciones asumidas frente a los clientes-consumidores.

Un mes después de la STS 4683/2017 que fue objeto de comentario el 30 de enero de 2018 en Referencias Jurídicas, el TS vuelve a pronunciarse sobre la doctrina del levantamiento del velo en la STS 206/2018 dictada el 30 de enero de 2018. A diferencia de la STS 4683/2017 que versaba en torno a un conflicto surgido entre un ayuntamiento y una entidad bancaria, la STS 206/2018 nos traslada al ámbito de la defensa de los clientes-consumidores, eso sí, con una redacción un poco confusa para que pudiésemos entender plenamente los argumentos tanto del TS, como de la Audiencia Provincial de Madrid, cuyo razonamiento se cita en la misma.

Así, el recurso de casación tiene su origen en una demanda por responsabilidad civil por vicios en la construcción interpuesta por una comunidad de propietarios contra dos sociedades anónimas: la promotora y la constructora, pertenecientes ambas al mismo grupo. En dicha demanda la comunidad de propietarios ejercitó dos tipos de acciones, contractual y la prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación, suplicando al Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid para que condenase a las dos sociedades a pagar solidariamente una serie de importes, incluidos por

las obras de reparación y subsanación de los vicios y defectos en las viviendas y zonas comunes, la sustitución del mobiliario, daños morales y los honorarios de la dirección facultativa encargada del proyecto y dirección de las obras de reparación.

El Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid dictó una sentencia estimatoria, contra la cual las sociedades codemandadas interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid. La sentencia dictada en apelación estimó parcialmente dicho recurso y redujo el importe a abonar por las sociedades codemandadas. A pesar de ello, la sociedad constructora interpuso recurso de casación con base, entre otros motivos, en la aplicación indebida de la doctrina del levantamiento del velo.

Antes de entrar en el fondo del asunto, cabe recordar que el ordenamiento jurídico español dota a las sociedades de capital de una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios. Como consecuencia de lo anterior, los acreedores de la sociedad no pueden dirigirse contra los últimos ni contra las otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, salvo en los supuestos excepcionales que conducen a aplicar, en última instancia, la doctrina del levantamiento del velo. En la STS 206/2018, el Tribunal Supremo reitera que la aplicación de dicha doctrina se justifica en los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso de derecho. De esta manera, la doctrina de levantamiento del velo sirve para proteger a terceros, pero siempre en la medida de lo estrictamente necesario para garantizar la seguridad jurídica y evitar supuestos de abuso de derecho.

En el presente caso adquiere especial relevancia el hecho de que estemos ante un conflicto con los clientes-consu-



En el presente caso adquiere especial relevancia el hecho de que estemos ante un conflicto con los clientes-consumidores, un grupo que se califica como vulnerable por no poseer los mismos conocimientos y experiencia que las empresas y otras entidades que actúen en el tráfico mercantil.

midores, es decir, un grupo que se califica como vulnerable por no poseer los mismos conocimientos y experiencia que las empresas y otras entidades que actúen en el tráfico mercantil. Además, se trata de un caso poco común en la jurisprudencia ya que la doctrina del levantamiento de velo se aplica para reclamar la responsabilidad no a la sociedad matriz sino a otra sociedad perteneciente al mismo grupo, al encontrarse la sociedad promotora en concurso.

Así, se llega a la conclusión de que la sociedad constructora y promotora perseguían el mismo interés económico e intentaban evitar que la primera fuese declarada responsable en los términos establecidos en la Ley de Ordenación de la Edificación. En particular, la obra, que desde el principio presentaba ciertos defectos de construcción, fue recibida por la sociedad promotora sin ninguna reclamación ni queja, trasladándose enteramente la labor de reclamar por vicios a los propietarios de viviendas. Este hecho junto con la representación ante la comunidad de propietarios asumida solo por una de las filiales no puede explicarse por el mero hecho de que perteneciesen al mismo grupo de sociedades y permite concluir que existía una confusión de las dos sociedades en una figura de constructor-promotor.

El Tribunal Supremo acaba confirmando la aplicación de la doctrina de levantamiento del velo al presente caso extendiendo a la sociedad constructora la responsabilidad contractual frente a los propietarios individuales derivada con de la relación mantenida por éstos con la sociedad promotora.

# Cuando el Registrador no pudo designar al auditor solicitado por la minoría, tampoco podrá nombrar a su sustituto

Ángel Ruiz  
Departamento de Corporate / M&A

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha aclarado que, cuando el Registrador Mercantil no pudo atender la solicitud de los socios minoritarios de designar al auditor de cuentas de una sociedad porque el órgano de administración se anticipó nombrándolo con anterioridad, cuando se jubile el auditor elegido, el Registrador también carecerá de competencia para elegir al sustituto.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2018 (BOE de 7 de marzo de 2018) se refiere a un supuesto en el que el órgano de administración de una sociedad anónima, que no estaba obligada a auditar sus cuentas anuales, había procedido a nombrar a un auditor voluntario para verificar las cuentas del ejercicio 2014, habiéndolo hecho antes de que los socios minoritarios hubieran solicitado que fuera el registrador mercantil quien designara al auditor encargado de revisar las cuentas de ese mismo ejercicio.

Con posterioridad, el auditor voluntario elegido cesó como consecuencia de su jubilación y el órgano de administración de la compañía procedió a nombrar a su sustituto. Cuando presentó en el Registro Mercantil la documentación relativa a la nueva elección, el registrador mercantil denegó la inscripción porque consideró que era él quien debía proceder a nombrar al nuevo auditor en base a que los socios

minoritarios habían ejercitado ese derecho en relación con ese mismo ejercicio económico.

Resulta preciso recordar que hay sociedades que por su tamaño están obligadas a auditar sus cuentas anuales. No obstante lo anterior, en las sociedades que no tienen esa obligación, la normativa (art. 265.2 LSC) les reconoce a los socios minoritarios (titulares al menos del 5% del capital social) el derecho a solicitar del registrador mercantil competente que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio.

Ante la solicitud presentada por los socios minoritarios, la sociedad puede oponerse alegando motivos por los que entiende que no procede el nombramiento solicitado (art. 354.2 RRM). La Dirección General ha admitido como motivo válido de oposición el hecho de que la sociedad ya hubiera designado auditor voluntario, siempre que lo hubiera hecho antes de la presentación en el Registro de la instancia de solicitud del socio minoritario, y siempre que se garantice el acceso al socio minoritario al contenido del informe de auditoría. Según la RDGRN de 21 de junio de 2013 (BOE de 29 de julio de 2013) a los efectos de acreditar que el nombramiento del auditor voluntario es anterior a la fecha de entrada de la solicitud del socio minoritario, debe entenderse que la aceptación del auditor tiene la fecha fehaciente que resulta de la legitimación notarial de su firma.

Por su parte, el mencionado Centro Directivo ha interpretado que el acceso al contenido del informe se puede garantizar si el nombramiento del auditor voluntario se inscri-



El nombramiento previo del auditor voluntario es un motivo válido de oposición ya que el interés del socio queda suficientemente protegido si la auditoría la realiza un profesional independiente con independencia de quién lo haya designado.

be en el Registro Mercantil, o si se aporta al expediente de nombramiento el informe del auditor voluntario o la justificación acreditativa de que se ha entregado el referido informe al socio solicitante.

La inscripción del nombramiento del auditor voluntario garantiza el acceso al informe porque, cuando se depositen las cuentas, se tendrán que acompañar del informe del auditor voluntario, conforme a la nueva redacción del art. 279 LSC. Adicionalmente, aunque esto no lo dice la Resolución, cuando se convoque a la junta general para la aprobación de las cuentas, también se tendrá que poner el informe a disposición de los socios (art. 272.2 LSC).

En la Resolución se aclara que el nombramiento previo del auditor voluntario es un motivo válido de oposición ya que el interés del socio queda suficientemente protegido si la auditoría la realiza un profesional independiente con independencia de quién lo haya designado. En el caso analizado se cumplían los requisitos para evitar el nombramiento por el Registrador, ya que el nombramiento del auditor voluntario había sido anterior a la solicitud de los minoritarios y se había inscrito en la hoja registral de la sociedad. La Dirección General viene a decir que, si después se produce una vacante (en este caso por jubilación), la tiene que cubrir el propio órgano que realizó la primera designación. También afirma que no es obstáculo a lo anterior el hecho de que el nombramiento del sustituto lo efectúe el órgano de administración, ni que lo haga después de la finalización del ejercicio auditable, ni que los socios minoritarios hubieran pedido en su día su nombramiento por el Registro Mercantil.

En la Resolución se recuerda que, cuando una sociedad no está obligada a auditar sus cuentas, no es necesario que el

nombramiento del auditor lo efectúe la junta general ni que el nombramiento se realice antes de la fecha de cierre del ejercicio (art. 264.1 LSC). También dice que, si el Registrador no tuvo competencia para designar al auditor en el primer momento, no se puede pretender que ahora haga uso de esa facultad para cubrir la vacante.

# El prestatario debe soportar el pago del impuesto generado por la constitución de una hipoteca

Concepción Padilla  
Departamento de Bancario y Financiero

El Tribunal Supremo libera a los bancos de hacer frente a la devolución masiva de los gastos derivados del impuesto devengado por la constitución de hipotecas, que deberá ser soportado por el prestatario.

El Pleno de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo ha dictado, con fecha de 15 de marzo de 2018, dos sentencias en las que resuelve sendos recursos de casación con origen en las reclamaciones interpuestas por dos consumidores, respectivamente, contra determinadas cláusulas contenidas en sus escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en virtud de las cuales se les atribuían todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

En concreto, los reclamantes consideran que el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados debía ser abonado por los bancos, so pretexto de que son ellos los únicos beneficiados por la inscripción de la hipoteca, ya que eso les permite obtener un título ejecutivo y, por ende, poder beneficiarse de un procedimiento ejecutivo especial. Por ese motivo, los prestatarios también solicitan a los bancos la devolución de todas las cantidades que hubieran percibido en concepto de provisión de fondos relacionadas con las cláusulas cuya declaración de nulidad se pretende.

El Alto Tribunal ha estimado, en parte, ambos recursos de casación por considerar que, efectivamente, las cláusulas controvertidas eran abusivas, en la medida en que imponían de forma indiscriminada a los consumidores la obligación de pagar todos los impuestos derivados de la consti-

tución de los préstamos garantizados con hipoteca. Todo ello, sin haber mediado previa negociación y sin haber hecho distinción entre quién debía ser el sujeto pasivo de dicho impuesto, en función del hecho imponible gravado.

No obstante, el razonamiento del tribunal va más allá, y entiende que, una vez declarada la abusividad y consecuente nulidad de las cláusulas objeto de litigio, cuestión distinta es determinar los efectos de la nulidad. En este sentido, las sentencias dictaminan que la atribución del pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que se origina por la constitución del préstamo con garantía hipotecaria es una cuestión de carácter fiscal, que viene determinada por la ley reguladora del impuesto y por su reglamento.

Los Magistrados establecen, en el fallo de ambas sentencias, las reglas que han de seguirse en lo referente al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, diferenciando en función del hecho imponible que se grave: (i) respecto a la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo y (ii) respecto a la documentación en que quede instrumentada la operación.

En relación con el hecho imponible consistente en la constitución de un préstamo hipotecario, el Alto Tribunal concluye que el sujeto pasivo y, por tanto, quien debe soportar el gasto del impuesto, es el prestatario. Para ello, se remite a la jurisprudencia de su Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, así como al contenido de los artículos 8.d) y 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD).



Deberán ser los tribunales quienes decidan, caso por caso, y atendiendo a cada una de las reclamaciones individuales que los consumidores presenten, cómo se deben distribuir los gastos e impuestos derivados de cada operación.

En cuanto al impuesto, en su modalidad de actos jurídicos documentados, por la documentación del acto, el Tribunal distingue, a su vez, entre (i) un derecho de cuota variable, en función del importe del negocio jurídico que se documenta, que deberá ser soportado por el prestatario y (ii) un derecho de cuota fija, por el papel timbrado para uso exclusivo notarial, cuyo pago corresponde al prestatario – salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales– y por la expedición de las copias autorizadas, siendo considerado sujeto pasivo aquel que solicite las copias.

En definitiva, si bien el Tribunal Supremo declara la abusividad de las cláusulas que atribuyen al prestatario el pago de todos los impuestos originados por la constitución de un préstamo hipotecario, ha desestimado parcialmente los recursos de casación, compartiendo, así, los criterios de la Audiencia Provincial de Oviedo, al sentenciar que las entidades bancarias no deben restituir a los consumidores los importes abonados por la constitución de hipotecas en garantía de préstamos, salvo aquellas cantidades correspondientes a la emisión de las copias autorizadas cuya expedición hubiera solicitado la entidad. En todo caso, ambas sentencias concluyen que deberán ser los tribunales quienes decidan, caso por caso, y atendiendo a cada una de las reclamaciones individuales que los consumidores presenten, cómo se deben distribuir los gastos e impuestos derivados de cada operación.

# Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española a la normativa comunitaria

César Navarro  
Departamento de Laboral

Publicado en *Actualidad Jurídica Aranzadi*,  
núm. 939

En su sentencia de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/13), la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “el TJUE”) concluye que la normativa española en materia de protección a las situaciones de embarazo y maternidad en el marco de un despido colectivo es adecuada a las disposiciones comunitarias que abordan esa cuestión: (i) Directiva 92/85 relativa a la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada y (ii) Directiva 98/59 referida a los despidos colectivos.

No obstante, como se expondrá a continuación, la Sentencia del TJUE deja como interrogante, cuya respuesta vendrá dada por la interpretación que realicen los Tribunales de Justicia, si la protección actual del despido de una embarazada en la ley española, *desde una óptica de tutela reparadora y preventiva*, es suficiente y, lo que es más importante, acorde con la normativa comunitaria.

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión se ha producido como respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuya finalidad, según el propio TJUE, *tiene por objeto determinar si la normativa española transpone correctamente el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe, salvo en casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas.*

En ese contexto, el TSJ de Cataluña solicitó, entre otras cuestiones, que se dilucidara si la Directiva 92/85 debe in-

terpretarse en el sentido de considerar que la extinción de la relación laboral de una empleada embarazada, en un despido colectivo, puede resultar procedente siempre que la empresa acredite la concurrencia de causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas, productivas) que avalen la decisión extintiva, como se exige para la extinción de la relación laboral de cualquier otro empleado y, por ende, sin exigir ningún requisito adicional para el despido de una embarazada, o, si por el contrario, resulta necesario que la empresa detalle una mayor justificación, por ejemplo, esgrimiendo la imposibilidad de recolocar a esas empleadas, para que dichas extinciones puedan resultar lícitas.

## **Despido de una mujer embarazada en un despido colectivo**

El TJUE en relación con la interpretación y la extensión de la prohibición de despido de una empleada embarazada, *durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad*, establecida en el artículo 10.2 de la Directiva 92/85, salvo en los casos *excepcionales no inherentes a su estado* –es decir, cuando la extinción no tenga como causa el embarazo o maternidad de una trabajadora–, ha confirmado que la extinción de la relación laboral de una empleada embarazada en el marco de un despido colectivo será ajustada a Derecho siempre que (i) la empresa acredite la concurrencia de las causas objetivas y (ii) comunique la decisión extintiva por escrito –sin tener que esgrimir ninguna justificación adicional en consonancia con la situación de embarazo de la empleada afectada–.



La falta de información previa a los empleados no determinará necesariamente la declaración de nulidad o improcedencia del despido siempre que queden acreditados los incumplimientos laborales mediante otras pruebas válidas.

### **Prioridad de permanencia y de recolocación**

Otra de las cuestiones planteadas por el TSJ de Cataluña pivotaba sobre si la regulación establecida en el artículo 10.1 de la Directiva 92/58, con respecto a la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para impedir el despido de las trabajadoras embarazadas, es contraria al Derecho de la Unión con respecto a la posibilidad de que la normativa de un Estado miembro, como la española, no establezca en el marco de un despido colectivo una prioridad de permanencia ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las empleadas embarazadas.

Pues bien, el TJUE concluye que la citada Directiva 92/58 no impone a los Estados miembros la obligación de que su normativa prevea, como mínimo de derecho necesario ineludible, una prioridad de permanencia y/o recolocación para las mujeres embarazadas.

### **Consecuencias de la declaración de nulidad del despido**

Finalmente, otra de las cuestiones suscitadas por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y, consecuentemente, abordada por la sentencia del TJUE reside en determinar si la protección del despido de una trabajadora embarazada ha de realizarse desde una doble perspectiva: *tutela preventiva* y *tutela reparadora*.

Sobre dicha protección, la Sala del TSJ de Cataluña cuestiona al TJUE si la regulación establecida en el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 no resulta contraria a la normativa de un Estado miembro, como la española, que no prohíbe con carácter preventivo el despido de una trabajadora y,

adicionalmente, establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad del despido cuando éste sea declarado ilegal.

El TJUE, con respecto a la tutela preventiva concluye que la regulación establecida en el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 –referida a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas– se extiende tanto a la propia adopción de la decisión del despido como a los actos preparatorios del mismo –*búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo*–.

Asimismo, en relación con la *tutela reparadora* inherente al despido ilegal de una trabajadora, el TJUE afirma que la misma no puede limitarse a la declaración de nulidad del despido. Es decir, podría interpretarse que, de conformidad con este precedente, la reincorporación, abono de salarios de tramitación y, en su caso, indemnización adicional, como medidas de reparación preceptuadas en la normativa española para la declaración de nulidad del despido de una empleada embarazada no son suficientes para adecuar esa protección a los mandatos comunitarios.

En definitiva, de acuerdo con la doctrina del TJUE se confirma la facultad que tienen las empresas de extinguir la relación laboral de empleadas embarazadas en un procedimiento de despido colectivo cuando acrediten que la causa real de dicha extinción es la concurrencia de causas objetivas y, adicionalmente, a resultas de esta sentencia, habrá que esperar a los pronunciamientos de nuestros Tribunales con respecto a la interpretación del concepto de *tutela preventiva* para el despido de trabajadoras embarazadas.

# La utilización de cámaras ocultas vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores

Paloma Gómez y Elena Esparza  
Departamento de Laboral

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 9 de enero de 2018 (asuntos C-1874/13 y 8567/13; asunto López Ribalda) ha declarado que la utilización por el empleador de cámaras de videovigilancia en el centro de trabajo, sin previo aviso de su instalación a los empleados, supone una vulneración de su derecho a la privacidad e intimidad.

En el presente caso, se analiza un supuesto en el que el empresario instaló cámaras visibles con el correspondiente cartel distintivo en el centro de trabajo, así como cámaras ocultas en cada caja del supermercado al advertir numerosos descuadres en la caja de la tienda, informando a los trabajadores únicamente de la instalación de las primeras.

Tras la revisión de las imágenes de las cámaras, se descubrió que cinco cajeras habían robado en connivencia con clientes. La empresa se reunió con las empleadas en presencia de un representante de los trabajadores para poner de manifiesto los hechos descubiertos, reconociendo entonces las empleadas su responsabilidad en los mismos, siendo finalmente despedidas por razones disciplinarias.

Como consecuencia, si bien algunas trabajadoras presentaron su baja voluntaria y otras fueron despedidas, todas impugnaron su despido.

Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia que conocieron del asunto entendieron, por un la-

do, que existía falta de acción en aquellas impugnaciones de trabajadoras que habían presentado la baja voluntaria y, por otro, que los despidos efectivamente producidos eran procedentes, conforme a la doctrina asentada hasta ese momento por el Tribunal Constitucional (STC 3 de marzo de 2016). Este criterio entendía que la conducta empresarial era idónea, necesaria y proporcional siempre y cuando hubiera sospechas fundadas de algún incumplimiento en la empresa, existiese un cartel identificativo de la existencia de cámaras de videovigilancia que estuvieran visibles y localizadas donde prestaban servicios los empleados, y que no hubiera otra medida menos intrusiva, suprimiendo con ello cualquier expectativa de intimidad que pudieran tener los trabajadores.

Tras la inadmisión de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, las empleadas solicitaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la declaración de la vulneración del artículo 8 – derecho al respeto de la vida privada– y del artículo 6.1 – derecho a un proceso justo o equitativo– del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por haber sido grabadas por cámaras sin previo aviso, haber utilizado dichas imágenes en un procedimiento judicial y por haber sido consideradas las imágenes como prueba válida por los tribunales españoles.

De conformidad con lo expuesto, el TEDH se pronunció el pasado 9 de enero de 2018 entendiendo que la consideración como prueba válida de unas imágenes obtenidas por una cámara de videovigilancia sobre la que no se había informado a sus trabajadores, constituye una vulneración del derecho a la privacidad e intimidad de los trabajadores, por resultar contrario a la Ley Orgánica de Protección de Datos.



La falta de información previa a los empleados no determinará necesariamente la declaración de nulidad o improcedencia del despido siempre que queden acreditados los incumplimientos laborales mediante otras pruebas válidas.

El TEDH reconoció a cada trabajadora una indemnización por daños morales por importe de 4.000 euros por vulneración del derecho mencionado.

No obstante, avaló la procedencia de los despidos ya que dicha calificación no se fundamentó única y exclusivamente en las referidas imágenes, sino también en otras pruebas adicionales a dichas grabaciones, como las declaraciones de las propias cajeras.

Así pues, nos encontramos ante un cambio sustancial de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su sentencia de 3 de marzo de 2016 que liberaba a las empresas de esta carga informativa explícita y precisa, y que habían venido aplicando hasta ahora los tribunales españoles. Este nuevo criterio del TEDH entiende, como requisito imprescindible y determinante, informar previamente a los trabajadores, rechazando pues que el consentimiento de los trabajadores esté incluido en su contrato de trabajo y, por ello, no resulte necesario solicitarlo.

Es más, este nuevo criterio fue aplicado días después, el 12 de enero de 2018, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y la Mancha, el cual ha entendido que la información previa al trabajador es determinante para valorar si se ha producido vulneración de los derechos de los trabajadores.

En resumen, tras este pronunciamiento europeo, los empresarios deberán informar previamente a sus trabajadores de manera clara, expresa e inequívoca de la instalación de cualquier cámara en el centro de trabajo en aras de no vulnerar su derecho a la intimidad, pues la mera existencia de una pegatina distintiva ya no resultará suficiente para que la grabación de los trabajadores resulte válida, aun

existiendo sospechas fundadas de los incumplimientos laborales.

La falta de información previa a los empleados no determinará necesariamente la declaración de nulidad o improcedencia del despido siempre que queden acreditados los incumplimientos laborales mediante otras pruebas válidas, como en este caso fueron las declaraciones testificales.

No obstante, la declaración de vulneración del derecho a la privacidad e intimidad de los trabajadores dejará abierta la vía para reclamar una indemnización por daños morales tanto en el orden jurisdiccional social como en el orden civil.

# La protección de los créditos de la SAREB no alcanza a los declarados definitivamente subordinados antes del RDL 6/2013

Álvaro Feu  
Departamento de Procesal

La reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 15 de diciembre de 2017 se pronuncia sobre el criterio temporal de aplicación del Real Decreto-Ley 6/2013, para la protección de los créditos adquiridos por la SAREB frente a una eventual subordinación. Según el Tribunal Supremo, si la calificación del crédito era definitiva antes de la entrada en vigor de la norma, no puede modificarse posteriormente.

Conforme a la Ley Concursal, los créditos de las denominadas “personas especialmente relacionadas” ostentan la calificación de subordinados. Entre estos créditos se encuentran los de los socios titulares de más de un 5% o un 10% del capital social de la concursada, según si esta última tiene o no valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

En el contexto de la crisis y con el objetivo de sanear los balances de las entidades de crédito, se creó la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, más conocida como la “SAREB”. El saneamiento incluía la transmisión a la SAREB de activos “problemáticos” o con mayores dificultades de realización, de manera que las entidades financieras se vieran liberadas de los mismos y la SAREB fuera la encargada, por su parte, de tratar de maximizar su recuperación.

Dado que la SAREB podía ser accionista de la sociedad en concurso, en una participación significativa, podía darse

que sus créditos fueran subordinados. Con el objetivo de evitar este efecto, el Real Decreto-Ley 6/2013 dispuso, como regla especial, que los créditos transmitidos a la SAREB no tendrían la calificación de subordinados, aun cuando la SAREB fuera accionista de la sociedad en concurso. En cualquier caso, conservarían su calificación subordinada cuando el crédito en cuestión ya hubiese sido calificado como subordinado con carácter previo a la adquisición.

Partiendo de este régimen jurídico, el Tribunal Supremo examina, en su sentencia de 14 de abril de 2017, un concreto caso en el que la SAREB pretendía la reversión de la calificación subordinada de sus créditos, sobre la base de la protección conferida por el Real Decreto-Ley 6/2013. Es relevante, a tales efectos, tener en cuenta que la promulgación y entrada en vigor de esta norma se produjo después de que se consolidara, en el procedimiento concursal, la calificación del crédito como subordinado. Así, la secuencia de los hechos fue: (i) presentación del informe provisional elaborado por la administración concursal, informe en el que se calificaba el crédito que acabaría siendo transmitido a la SAREB como subordinado; (ii) transmisión del crédito a la SAREB; (iii) notificación del informe provisional a las partes personadas en el concurso; (iii) expiración del plazo de impugnación del informe provisional sin que se impugnara la calificación subordinada del crédito adquirido por la SAREB; (iv) promulgación y entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2013.

A la vista del contenido de este Real Decreto-Ley 6/2013, la SAREB pretendió la modificación de la lista de acreedores definitiva (fuera ya del plazo de impugnación del listado de acreedores provisional), a fin de que su crédito no fuera calificado como subordinado. Para ello, presentó una de-



El Tribunal Supremo determina que lo verdaderamente relevante a la hora de calificar un crédito adquirido por la SAREB como subordinado a la luz del Real Decreto-Ley 6/2013 es la firmeza de su calificación.



manda argumentando, en síntesis, que la notificación de la subordinación de su crédito –es decir, la notificación del informe provisional en el que se recogía esa calificación subordinada– fue posterior a la transmisión del crédito.

Tras examinar el asunto, el Tribunal Supremo determina que lo verdaderamente relevante a la hora de calificar un crédito adquirido por la SAREB como subordinado a la luz del Real Decreto-Ley 6/2013 es la firmeza de su calificación.

Esto es, si la calificación del crédito como subordinado aún no es firme en el momento en que la SAREB lo adquirió y en el momento en que entró en vigor el Real Decreto-Ley 6/2013, el crédito no será subordinado. En otras palabras, si existe la posibilidad de modificar o instar la modificación del informe provisional para revertir la subordinación de un crédito de la SAREB sobre la base del Real Decreto-Ley 6/2013, ese crédito no deberá ser calificado como subordinado.

De esta forma y volviendo a la secuencia de los hechos de la controversia resuelta en la sentencia de 15 de diciembre de 2017, el Real Decreto-Ley 6/2013 y su protección frente a la subordinación entró en vigor con posterioridad a la firmeza de la calificación subordinada del crédito de la SAREB (recordemos que había expirado el plazo de impugnación del informe provisional), por lo que el Tribunal Supremo declara subordinado el crédito de la SAREB.

# A vueltas con la retribución de administradores: el sistema de remuneración de los consejeros debe constar en estatutos. Consideraciones fiscales

Alejandra Jiménez  
Departamento de Tributario

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la remuneración de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas en su sentencia del pasado 26 de febrero 2018 (sentencia número 98/2018; recurso de casación número 3574/2017).

El Tribunal Supremo, en una postura que discrepa de la interpretación dada por la Dirección General de Registros y del Notariado ("DGRN") y por un sector relevante de la doctrina emitida respecto de la reforma del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("TRLSC"), establece que la retribución de los consejeros ejecutivos debe quedar sometida a la reserva estatutaria prevista en el artículo 217 del TRLSC.

Hasta la fecha, tanto la DGRN como parte de la doctrina mercantilista consideraban que el TRLSC establecía un doble régimen retributivo de los administradores, distinguiendo entre:

- i. la remuneración de los administradores por el desempeño del propio cargo de administrador: sujeta a previsión estatutaria en los términos previstos en los artículos 217 y siguientes del TRLSC; y
- ii. la remuneración de los consejeros delegados o administradores respecto del desempeño de funciones ejecutivas: que se regirían por lo establecido en el artículo 249 TRLSC, de forma que bastaría con regular dichas remuneraciones en el contrato suscrito con el

consejero ejecutivo, siempre que éste fuera aprobado a través del procedimiento previsto al efecto.

La existencia de esta dualidad de regímenes jurídicos de remuneración fue reconocida por el propio Tribunal Supremo. Así, tal y como se puso de manifiesto en el Dictamen del Consejo de Estado 837/2014 sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, el Alto Tribunal consideró "*preocupante*" la regulación de los contratos entre la sociedad y los consejeros delegados o con funciones ejecutivas, en cuanto admitía una "*dualidad de regímenes jurídicos de retribución, uno contractual y otro estatutario*", que no se encontraba objetivamente justificada, y "*permitía que las retribuciones fueran fijadas exclusivamente por el Consejo de Administración, sin necesidad de previsión estatutaria ni intervención de la junta de socios*".

Dicha interpretación tuvo también su reflejo en el ámbito tributario. El artículo 217 del TRLSC establecía –y establece– la gratuidad del cargo de administrador salvo que los estatutos sociales establecieran o establezcan un sistema de remuneración determinado. Dada la presunción de gratuidad del cargo de administrador, las cantidades percibidas por los administradores –siempre que los estatutos sociales no establecieran sistema de remuneración de los mismos– tenían desde el punto de vista de la Administración Tributaria la consideración de liberalidades o donaciones, y, por ende, se consideraban no deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Tras la reforma de Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, en donde se estableció que no se entenderían como donativos o liberalidades "*las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter la-*



**El reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en virtud del cual la reserva estatutaria para la retribución de los administradores se exige a todos los administradores (incluidos los consejeros delegados y aquellos administradores con funciones ejecutivas) podría tener también implicaciones fiscales.**

*boral con la entidad*", las retribuciones percibidas por administradores societarios por el ejercicio de funciones distintas al cargo de administrador, ya fueran de alta dirección (en cuyo caso, según la doctrina del vínculo, la relación del administrador con la empresa sería mercantil) o laborales ordinarias, tendrían la consideración de deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades, y ello con independencia de que gozaran o no de cobertura estatutaria.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Supremo en la sentencia aquí analizada no distingue entre administradores por el desempeño de las funciones inherentes a su cargo y consejeros con funciones ejecutivas, considerando que:

- i. El artículo 217 del TRLSC regula un concepto unitario de administrador. Entiende el Alto Tribunal que el citado artículo regula tanto la remuneración de administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos como la de aquellos administradores que ejerzan funciones ejecutivas.

Por ende, y en palabras del propio Tribunal, el artículo 217 *"exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, para todo cargo de administrador y no exclusivamente para una categoría de ellos"*.

- ii. La retribución del órgano de administración, tras la reforma operada del TRLSC queda estructurada en tres niveles:
  - El primer nivel se referirá a los Estatutos Sociales. Los mismos deberán establecer el carácter gratuito o remunerado del cargo de administrador, y en caso de establecer que el mismo es remunerado, fijar el sistema de remuneración.

- El segundo nivel se referirá la Junta General, debiendo fijar ésta el importe máximo anual de los administradores de las sociedades no cotizadas.
- El tercer nivel corresponderá a los administradores (salvo disposición contraria de la Junta). El órgano de administración deberá proceder a la distribución de la retribución de los distintos administradores –en atención a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada uno– pero dentro de los límites fijados por los socios en los estatutos y en la propia junta de socios.

Así, la retribución correspondiente al administrador por el ejercicio de funciones ejecutivas, pese a ser concretada por el órgano de administración, deberá incluirse dentro de los parámetros fijados por la Junta General.

¿Consecuencias fiscales? Más allá de sus implicaciones mercantiles, es razonable pensar que el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en virtud del cual la reserva estatutaria para la retribución de los administradores se exige a todos los administradores (incluidos los consejeros delegados y aquellos administradores con funciones ejecutivas) podría tener también implicaciones fiscales. En particular, surge la duda de que la Administración Tributaria pueda cuestionar la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de los gastos correspondientes a las remuneraciones de consejeros ejecutivos en aquellos casos en que los estatutos sociales no contuvieran el sistema de remuneración de dichas funciones ejecutivas y la remuneración no estuviera incluida dentro de los parámetros de remuneración fijados por la Junta General, sin que deba omitirse la eventual incidencia en la misma de la dicción literal de la ley del Impuesto sobre Sociedades, y más concretamente del artículo 15.1 e).

# CMS en el mundo

## The Americas

Bogotá  
Lima  
Mexico City  
Rio de Janeiro  
Santiago de Chile



Algiers  
Casablanca  
Luanda

## Africa

## Europe

Aberdeen  
Amsterdam  
Antwerp  
Barcelona  
Belgrade

Berlin  
Bratislava  
Bristol  
Brussels  
Bucharest

Budapest  
Cologne  
Duesseldorf  
Edinburgh  
Frankfurt

Funchal  
Geneva  
Glasgow  
Hamburg  
Kyiv  
Leipzig  
Lisbon  
Ljubljana  
London

Luxembourg  
Lyon  
Madrid  
Manchester  
Milan  
Monaco  
Moscow  
Munich  
Paris

Podgorica  
Poznan  
Prague  
Reading  
Rome  
Sarajevo  
Seville  
Sheffield  
Skopje

Sofia  
Strasbourg  
Stuttgart  
Tirana  
Utrecht  
Vienna  
Warsaw  
Zagreb  
Zurich

Dubai  
Istanbul  
Muscat  
Riyadh  
Tehran

## Middle East

Beijing  
Hong Kong  
Shanghai  
Singapore

## Asia-Pacific



---

## Hechos y datos

---

— **74 oficinas**

— **68 ciudades**

— **> 1.000 socios**

— **> 4.500 abogados**

— **> 7.500 empleados**

— **Facturación:** 1.050 millones de euros (2016)

— **42 países:**

**Países europeos:** Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.

**Fuera de Europa:** Angola, Arabia Saudí, Argelia, Brasil, Chile, China, Colombia, Hong Kong, Irán, Emiratos Árabes Unidos, México, Marruecos, Omán, Perú y Singapur.

— **Firmas que componen CMS:**

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)

CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)

CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)

CMS Cameron McKenna (Reino Unido)

CMS Carey & Allende (Chile)

CMS DeBacker (Bélgica)

CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)

CMS von Erlach Poncet (Suiza)

CMS Grau (Perú)

CMS Hasche Sigle (Alemania)

CMS Pasquier Ciulla & Marquet (Mónaco)

CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)

CMS Rodríguez Azuero Contexto Legal Abogados (Colombia)

CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Law . Tax

**Your free online legal information service.**

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)



Law . Tax

**Your expert legal publications online.**

In-depth international legal research and insights that can be personalised.

[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

-----  
CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

**CMS locations:**

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

-----  
[cms.law](http://cms.law)