

Boletín

Revista periódica de información fiscal, laboral y mercantil

JUNIO 2018

Editorial, 3 | Fiscal, 4 | Laboral, 8
Mercantil, 15 | Calendario Fiscal, 18

El artículo destacado

El Tribunal Supremo defiende el protagonismo de los Estatutos y de la Junta en la determinación de la remuneración de administradores y consejeros delegados



PKF

SABÍAS QUE...

Cuando contratas tus vacaciones, recuerda...



- Todas las prestaciones, ofertas, regalos...incluidos en la publicidad de los viajes combinados es obligatoria, es decir, debe cumplirse necesariamente a pesar de que no quede constancia de estas ofertas o regalos especiales en el contrato de viaje combinado firmado: lo ofertado en la publicidad queda integrado automáticamente en el contrato.

- El overbooking no es ilegal, sino que es una práctica admitida por el derecho. No obstante, en caso de sufrir una situación de overbooking la norma te puede reconocer ciertos derechos al reembolso del precio del billete pagado

o un transporte alternativo a destino, y en ciertos casos, una compensación.

- El retraso del vuelo en ciertos casos también generará el derecho a compensación pero, como regla general, sólo cuando sea superior a tres horas.

- Las prestaciones pactadas en un contrato de viaje combinado deben respetarse en todo caso. Si el organizador pretende cambiar alguna de las condiciones básicas pactadas en relación a la categoría de alojamiento, medio de transporte, etc., ha de comunicártelo con antelación y tu tienes

derecho a optar entre mantener el contrato y aceptar el cambio o cancelar el viaje sin tener que pagar ninguna compensación ni indemnización de ningún tipo por dicha cancelación.

- Si el viaje combinado se cancela antes de la salida, tu tienes derecho a la devolución del precio pagado o bien al disfrute de un viaje de calidad similar. Además, puede ser que tengas derecho a una indemnización como consecuencia de esta cancelación, salvo en algunos casos concretos, por ejemplo, cuando el viaje se cancela porque no se ha conseguido el número mínimo de viajeros y se nos ha advertido previamente de esta posibilidad, o en casos excepcionales de fuerza mayor.

Frases sobre viajes

"Nuestro destino nunca es un lugar, sino una nueva forma de ver las cosas". Henry Miller

"Viajar y cambiar de lugar revitaliza la mente". Séneca

"Viajar es la única cosa que pagas y te hace más rico". Autor desconocido.

Hemeroteca - titulares

Banco de España: la baja inversión pública actual puede limitar la inversión empresarial
(Expansión, 22-05-2018)

La Autoridad Fiscal no se cree el programa de estabilidad porque los gastos están infravalorados
(El País, 22-05-2018)

Facebook oficializa su aterrizaje en Barcelona con 500 empleos
(La Vanguardia, 22-05-2018)

NOVEDADES LEGALES PARA LAS SOCIEDADES

Ya tenemos en vigor y total aplicación el Reglamento Europeo de Protección de Datos. Sin duda, uno de los cambios legislativos a nivel europeo, con su consecuente cambio en el marco de las legislaciones nacionales, que más afectará a las obligaciones de las empresas y a los derechos de los ciudadanos en relación al uso y tratamiento de sus datos. Son muchas las empresas que ya habían iniciado hace meses el proceso de adaptación al Reglamento, otras, las más pequeñas, quizá lo han conseguido en un sprint final de cambios y adaptaciones que siempre resultan más difíciles de lo que uno se imagina. El proceso de adaptación es complejo y pasa, en algunos casos, por la renovación de todos los consentimientos referentes al tratamiento de datos personales con los que contamos, o como mínimo, la verificación de que la información facilitada en el momento de obtención de dichos datos es correcta. Sin duda usted ha recibido a nivel personal algunas cartas o mails de confirmación al respecto. También exige una revisión de los contratos con aquellos encargados de tratamiento que tratan datos por cuenta del responsable y de las medidas técnicas y organizativas que se aplican para garantizar la confidencialidad y seguridad de los datos. Recuerde que ha cambiado la estructura planteada por la antigua normativa. **Ahora no existe una lista cerrada de obligaciones que nos hemos de limitar a cumplir, sino que el nuevo Reglamento sitúa en el centro del modelo la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos en relación a sus datos personales, y obliga a las organizaciones a ser proactivas a la hora de diseñar los mecanismos y protocolos necesarios para que estos derechos no se vulneren, de forma abierta, eligiendo las medidas que consideren oportunas, pero respondiendo en caso de que los derechos de protección de los ciudadanos sobre sus datos se vean vulnerados.**

Otra novedad importante afecta al próximo depósito de cuentas. **A partir de este año, en el momento de presentar las cuentas anuales de la sociedad es obligatorio indicar el titular real de la sociedad.** Para ello, hay que indicar quién es o quiénes son las personas físicas que posean, bien directamente o bien indirectamente, un porcentaje del capital social o del derecho de voto superior al 25 %, es decir, quienes son las personas que controlan la sociedad. Para las sociedades que no tengan ninguna persona física que ostente un porcentaje superior a este 25 %, entonces se ha de identificar al administrador social, y si la posición de administrador la ostenta una sociedad, entonces se ha de identificar la persona física que dicha sociedad haya nombrado para ejercer las funciones de administrador. Una vez cumplida esta obligación de información por primera vez, ya no hay que volver a informar de esta titularidad real de nuevo mientras no se produzcan cambios en la misma.

Y cerrando este editorial y sus referencias a las nuevas obligaciones que afectan a las sociedades, no deje de leer nuestro artículo sobre la obligación de constancia estatutaria de la remuneración de los administradores y consejeros delegados. **El Tribunal Supremo acaba de dictar una Sentencia que refuerza la transparencia y exige su constancia en Estatutos,** cambiando así totalmente el criterio mantenido hasta la fecha por la Dirección General de Registros y Notariado y la doctrina mayoritaria, que era más flexible.

Tantas obligaciones...bueno, ánimo, ¡que enseguida llega el verano...!
¡Hasta pronto!

EDITORIAL

JUNIO 2018

FISCAL

Rompiendo los moldes clásicos: ¿nuevos impuestos para las compañías digitales?

La Unión Europea se prepara para un nuevo mercado único digital en que las transacciones a través de medios electrónicos estén protegidas y donde el principio de libertad de circulación se mantenga a los mismos niveles que para la actividad tradicional.

Las compañías digitales y sus operaciones en el ámbito del Mercado Europeo deben quedar integradas también en un marco fiscal que garantice que su nueva operativa y su desconexión territorial no les permitan reducir artificialmente su factura fiscal. Ello implica buscar nuevos puntos de conexión entre actividad económica y territorio que vengán a romper algunos de los esquemas clásicos de tributación.



1.- SE PUEDE VER, SE PUEDE TOCAR, ESTÁ AQUÍ... PUES HA DE PAGAR IMPUESTOS AQUÍ: LA FISCALIDAD CLÁSICA EN JAQUE

El diseño de los sistemas impositivos siempre ha estado vinculado a una cierta idea de "tangibilidad". Se puede gravar aquello que vemos, que podemos tocar. Sin duda, la seguridad jurídica que también tradicionalmente se ha exigido a los sistemas tributarios ha contribuido a esta consideración. Un rápido paseo por la historia de la fiscalidad así nos lo demuestra.

Los primeros impuestos fueron vinculados a la cosecha, a la tierra, a una realidad palpable, fácilmente comprobable incluso en aquellos tiempos, y que de forma un tanto rudimentaria y no siempre justa (pero éste no es el tema ahora) intentaba medir una cierta forma de capacidad económica sobre la que imponer el tributo.

La economía industrial se caracterizó por los impuestos a la producción, las ventas de bienes... de nuevos conceptos tangibles, comprobables. A diferencia de lo que sucedía con la tierra, las fábricas se podían trasladar, y con ello, se abre una nueva opción para las grandes empresas, la de poder ubicar sus instalaciones o trasladarlas a otros países o territorios con fiscalidad más favorable.

La sociedad de la información en que vivimos hoy, integrada con una economía en que el protagonismo lo ostentan los servicios, ha roto una de las conexiones básicas tradicionales entre actividad económica y fiscalidad: la de la presencialidad. En nuestra economía de servicios ya no hace falta estar presente "físicamente" en un país para vender o producir o ganar di-

nero allí, es suficiente con estar presente "digitalmente".

Sin embargo, para los conceptos tributarios clásicos esto supone una ruptura de las estructuras en torno a las que tradicionalmente se ha ido construyendo el sistema fiscal.

Veamos cuáles son las previsiones de nuevas formas de tributación sobre las grandes compañías digitales que están ahora mismo sobre la mesa, y que ya se han ido creando y aplicando en otros países y a las que se hace referencia como *Google Tax*.

2.- LA EVOLUCIÓN DE LA PRESENCIA REAL A LA PRESENCIA DIGITAL

El proceso de internacionalización de nuestra economía ha afectado a los procesos de crecimiento de las empresas, es evidente, pero también ha irrumpido de plano en las estructuras fiscales de los estados, que en las últimas décadas han visto como los impuestos que antes pagaba una empresa radicada en su territorio le correspondían íntegramente, y ahora ha de compartirlos con los

otros estados en que esa misma empresa está presente.

Recordemos que, en su evidente afán recaudatorio, los estados actuales tienden a combinar tres formas de recaudación sobre los resultados de las empresas que tengan alguna vinculación con su territorio.

En primer lugar, **las sociedades residentes en un estado pagan el impuesto sobre sus resultados**, por ejemplo, en nuestro caso, el Impuesto sobre Sociedades, en ese estado.

A continuación, hay que matizar que, **cuando estas sociedades residentes en un estado obtienen rendimientos en otro, a menudo han de tributar por ellos en su estado de residencia por aplicación del principio fiscal generalizado de residencia** relacionado con el concepto de World Wide Income (renta mundial), con el que se suele hacer referencia a la capacidad de un estado para hacer tributar a sus residentes (personas o sociedades) por el total de renta obtenida en cualquier lugar del mundo y no sólo en su territorio.

Así sucede en el Impuesto de Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta en nuestro país, sin perjuicio de la aplicación de las medidas correctoras que luego resulten aplicables en forma de exenciones o deducciones por doble imposición.

Pero además, **como la internacionalización ha sido hasta hace relativamente poco un proceso presencial, es decir, realizado mediante la apertura de oficinas, plantas, sucursales... en otros países, los estados no han perdido baza para recaudar impuestos también sobre estas estructuras que entidades no residentes tienen en su territorio.** Estas estructuras resultan gravadas a través de figuras como la imposición sobre no residentes, a través de las que los no residentes tributan en un estado distinto al de residencia por las rentas obtenidas en él.



La tributación sobre no residentes tiene además una perspectiva adicional a la puramente recaudatoria que viene a complicar su diseño.

Ávidos de inversiones extranjeras como están mayoritariamente los estados actualmente, la cuestión de la fiscalidad aplicable a estas rentas de no residentes alcanza una dimensión importante como uno de los elementos que posiciona al estado en el mercado internacional de la captación de inversiones.

La sociedad de la información en que vivimos hoy ha roto una de las conexiones básicas tradicionales entre actividad económica y fiscalidad: la de la presencialidad

El estado ve en ese no residente que tiene una actividad económica o una inversión en su territorio co-

mo un potencial de recaudación tributaria, pero simultáneamente es consciente que una fiscalidad elevada hará que esas inversiones o actividades se ubiquen en otro estado de fiscalidad más "amable". Además, **no hay que olvidar que, como mínimo en el marco de la Unión Europea, el modelo tampoco puede suponer discriminaciones entre residentes y no residentes, ni por supuesto, puede implicar trabas a los residentes para que marchen o lleven sus inversiones a otros estados de la UE.**

A la dificultad que implica la concurrencia de todo este juego de intereses recaudatorios entre estados a la hora de diseñar una fiscalidad justa para todos, que además evite situaciones de doble imposición o de sobreimposición, se ha añadido en los últimos años la situación de las grandes multinacionales digitales.

Las compañías que habían acatado estas reglas de juego (como hemos visto muy marcadas por la idea de residencia fiscal y presencialidad) ven como sus vecinas multinacionales digitales al poder funcionar internacionalmente al margen de esos moldes clásicos de presencia fiscal o residencia, pue-



den ir obteniendo beneficios en muchos estados, pero pagando impuestos mínimos, en ocasiones sólo en aquellos territorios calificados como paraísos fiscales o en los que la fiscalidad efectiva es muy reducida.

Este posicionamiento tan "cómodo" de estas multinacionales ante la fiscalidad tiene mucho que ver con su nueva forma de funcionamiento.

En cierto sentido se podría decir que el origen de esta ausencia de tributación o tributación mínima de estas compañías está en que los moldes fiscales clásicos no saben cómo encajar su nueva operativa económica: no ofrecen nada tangible, lo ofrecen desde cualquier sitio y desde todos los sitios, no requieren estructuras que encajen en el concepto de "establecimiento permanente" para operar en un país, y aún sin esta estructura el volumen de actividad económica que desarrollan en el mismo es inabarcable.

En algunos casos, los rendimientos que declaran como obtenidos en un país a través de una compañía filial son mínimos en relación a su volumen de facturación en el mismo, amparados en el concepto de que la filial es una mera comisionista que, como tal, se queda con una parte ínfima del precio final.

Esta ausencia de estructuras y estas formas de funcionamiento típicas de la era digital, al no encajar en los moldes clásicos que marcan la tributación de las actividades en un territorio, conllevan precisamente a que los

resultados de estas operaciones en un estado no puedan ser gravadas por éste al faltar el punto de conexión exigido: **no hay presencia física o establecimiento cuando éste es exigible...** o, por ejemplo, cómo combinar la exigencia de una persona que esté físicamente en ese país y cierre el contrato como punto de conexión que permita anclar en su territorio los resultados del mismo, cuando hoy día muchos contratos se cierran automáticamente por un *software* programado sin intervención humana.

3.- LA RESPUESTA DE LA FISCALIDAD: NUEVOS PUNTOS DE CONEXIÓN

Ante la problemática descrita y conocedores de que la tendencia en nuestra economía camina hacia la desconexión física a través del "imperio de los servicios", la única opción que tienen los estados es cambiar las reglas del juego y crear nuevos puntos de conexión al margen de la presencialidad, en otras palabras, buscar criterios nuevos que obliguen a una empresa a pagar impuestos en un estado a pesar de que no esté presente o no tengan vinculación que encaje en los puntos de conexión tradicionales con el mismo.

Las tendencias internacionales van en la línea de crear un nuevo punto de conexión en torno al concepto de "presencia digital significativa" o "presencia económica significativa" y que podría explicarse así: quizá no existe una presencia física de la empresa en el país pero se podría equiparar esta presencia física a la presencia digital en él demostrada

a través del uso de un dominio local (por ejemplo: .es), o de una web en el idioma del país y adaptada a sus gustos y costumbres, la posibilidad de pago en moneda local, el volumen de contratos que se cierran a través de esa web, o el total de personas del país que accedan a esa web...

Todos estos indicios pueden llevar a considerar que una compañía tiene una presencia (aunque no sea física) en un determinado país.

Australia, por ejemplo, creó el año pasado un impuesto específico en esta línea que se identificó precisamente como *Google Tax*, con el objetivo de gravar con un tipo de gravamen nada menos que del 40 % los beneficios obtenidos por las grandes multinacionales digitales que, a través del uso y abuso de técnicas de planificación fiscal, dichas compañías trasladan a otros territorios, especialmente a paraísos fiscales.

A la hora de plantear este nuevo impuesto, el Gobierno se preocupó especialmente de dejar claro que no afectaría a otro tipo de inversores, una forma de evitar la huida de otro tipo de compañías que no estaban entre los destinatarios objeto del nuevo gravamen.

En el caso de España y de la Unión Europea, se empieza a hablar en las últimas semanas de nuevo de la necesidad de crear un impuesto similar con el que, en el caso de España, se ha indicado que el objetivo es conseguir una recaudación adicional que permita pagar las pensiones y que podría ser aplicable a partir ya de 2019.

La propuesta plantea crear un impuesto al tipo del 3 % sobre la facturación generada por ciertos servicios digitales prestados por aquellas empresas que facturen más de 750 millones de euros en todo el mundo y más de 50 millones de euros en la UE.

La exención o no de la prestación por maternidad ya está en la mesa del Supremo



El Tribunal Supremo ha emitido Auto en que admite a trámite el recurso de casación para unificación de doctrina en torno a la posibilidad de declarar exentas las cantidades percibidas del Instituto Nacional de la Seguridad Social durante la baja por maternidad.

Recordemos que la cuestión se retrotrae a la diversidad de posiciones que se han ido planteando

entre el Tribunal Económico Administrativo Central, que ha denegado la exención para estas cantidades, y las sentencias dictadas por algunos órganos judiciales, por ejemplo, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2016, que sí han declarado la exención.

El propio Tribunal Supremo afirma la trascendencia de la resolución sobre este asunto, atendiendo al

volumen de renta que quedaría exenta o no del impuesto en virtud de su decisión, así como al número de personas afectadas, que serían no sólo las que han accedido a las prestaciones de maternidad, sino también las que han obtenido prestaciones de paternidad.

El Tribunal Supremo ha emitido Auto en que admite a trámite el recurso de casación para unificación de doctrina en torno a la posibilidad de declarar exentas las cantidades percibidas del INSS durante la baja por maternidad

Con este Auto en que se admite a trámite el recurso, sólo hay que esperar a que el Alto Tribunal se pronuncie sobre esta cuestión que ha generado uno de los debates fiscales más vivos de los últimos meses.

NORMATIVA FISCAL

Orden HFP/187/2018, de 22 de febrero, por la que se modifican la Orden HFP/417/2017, de 12 de mayo, por la que se regulan las especificaciones normativas y técnicas que desarrollan la llevanza de los Libros registro del Impuesto sobre el Valor Añadido a través de la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria establecida en el artículo 62.6 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y otra normativa tributaria, y el modelo 322 "Impuesto sobre el Valor Añadido. Grupo de Entidades. Modelo individual. Autoliquidación mensual. Ingreso del Impuesto sobre el Valor Añadido a la importación liquidado por la Aduana", aprobado por la Orden EHA/3434/2007, de 23 de noviembre.

Orden HFP/335/2018, de 28 de marzo, por la que se reducen para el período impositivo 2017 los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

Orden HFP/386/2018, de 13 de abril, por la que se modifica la Orden EHA/2027/2007, de 28 de junio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

LABORAL

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera las guardias que obligan a permanecer en el lugar indicado por el empresario como tiempo de trabajo

Si bien en la mayoría de relaciones laborales la diferencia entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso resulta clara, existen numerosos supuestos en que esta distinción no es siempre tan evidente. Nos referimos, en concreto, al caso de aquellos puestos de trabajo en que, junto al tiempo de presencia ordinario desarrollando las funciones encomendadas por el empresario, claramente tiempo de trabajo, y el tiempo de descanso en que el trabajador no tiene obligación de acudir a su puesto, aparece una tercera categoría, el tiempo de guardia, en que el trabajador no realiza su prestación laboral ordinaria, incluso puede que no se encuentre en su centro de trabajo, pero ha de estar localizable y disponible para desplazarse en un tiempo razonablemente breve a éste cuando así se lo solicite el empresario.

La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de febrero de 2018 analiza precisamente la calificación de este "tiempo de guardia". De entrada, niega la posibilidad de que exista una tercera categoría de tiempo distinta del tiempo de trabajo y del tiempo de descanso, afirmando, en consecuencia, que el tiempo de guardia debe reconducirse a una de las dos. **A partir de este planteamiento inicial, concluye que la calificación que corresponde al tiempo de guardia cuando concurren ciertas condiciones es la de tiempo de trabajo.** Veamos a continuación cuales son las consideraciones que aporta el TJUE y sus implicaciones prácticas.

8



1.- EL SUPUESTO DE HECHO: DE GUARDIA CON UN MARGEN DE 8 MINUTOS PARA LLEGAR AL TRABAJO

Esta sentencia de 21 de febrero de 2018 se dicta por el TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal belga en relación con la interpretación y aplicación de la Directiva 2003/88/CE, relativa a

determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

La cuestión surge en un proceso judicial en que el Sr. Mayers, bombero del Ayuntamiento de la Ville de Nivelles, en Bélgica, solicita el pago de determinadas cantidades por el tiempo de guardia que debe cubrir y durante el cual ha de permanecer en su casa o en un radio de distancia de su puesto de trabajo que le permita trasladarse al mismo en un tiempo máximo de 8 minutos.

2.- ¿QUÉ DEBE CONSIDERARSE TIEMPO DE TRABAJO?

La Directiva 2003/88 regula las disposiciones mínimas de seguri-

dad y salud en materia de trabajo y, entre otros aspectos, establece las reglas de ordenación básicas del tiempo de trabajo.

A la hora de plantear esta ordenación define, por una parte, el tiempo de trabajo, y por otra, el tiempo de descanso.

Como tiempo de trabajo, considera aquél que el trabajador permanece en la empresa, a disposición del empresario, y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con la legislación y/o práctica nacional. Se trata, por tanto, de una definición muy amplia. *A sensu contrario*, define el tiempo de descanso como todo aquel que no sea tiempo de trabajo.

El Estatuto de los Trabajadores no define el concepto de tiempo de trabajo sino que se limita a establecer en su artículo 34 que se computará de manera que, tanto al inicio como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

Por su parte, en el derecho belga, que es el país en que se producen los hechos analizados en la sentencia, el tiempo de trabajo se define como "el periodo de tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empresario".

El Estatuto de los Trabajadores no define el concepto de tiempo de trabajo sino que se limita a establecer en su artículo 34 que se computará de manera que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo

Por su parte, el Reglamento regulador del servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles, al que pertenecía el Sr. Mayers, establecía en lo que ahora interesa: "el trabajador (...) deberá cumplir el requisito de domicilio siguiente: (...) Tener su domicilio o residir en un lugar que le permita presentarse en el parque de bomberos de Nivelles, en condiciones de tráfico fluido y respetando el Código de Circulación, en no más de 8 minutos. Durante el periodo de guardia localizada, cada miembro del personal (...) se compromete a: permanecer a una distancia del parque de bomberos que le permita presentarse en éste, en condiciones de tráfico fluido, en no más de ocho minutos; hacer gala de una diligencia particular a efectos de estar permanentemente en condiciones de hacer uso de los diferentes medios técnicos

utilizados para convocar al personal y de ponerse en camino inmediatamente, en la forma más adecuada, cuando el personal en periodo de guardia localizada sea convocado".

Así planteado el régimen aplicable al Sr. Mayers, lo que éste pregunta, es si este tiempo de guardia diseñado con estos condicionantes puede ser considerado tiempo de trabajo.

En el transcurso del estudio del caso objeto del procedimiento, las cuestiones prejudiciales que pregunta el tribunal de instancia al TJUE son cuatro, pero de ellas, la que entra en el fondo del asunto y nos interesa es la cuarta: "¿Se opone la Directiva 2003/88 (...) a que el periodo de guardia domiciliar se considere tiempo de trabajo cuando, aunque la guardia se desarrolle en el domicilio del trabajador, las obligaciones que recaen sobre él durante la guardia (como la obligación de responder a las llamadas del empresario en un plazo de ocho minutos) limitan significativamente la posibilidad de realizar otras actividades?"

3.- SENTENCIA Y POSICIONES JURISPRUDENCIALES ANTERIORES

Tras el estudio del caso y de la Directiva aplicable, el TJUE concluye que este tiempo de guardia debe considerarse tiempo de trabajo a partir de las siguientes argumentaciones.

En primer lugar, considera el Tribunal Europeo que el concepto de tiempo de trabajo y de tiempo de descanso se excluyen mutuamente, de manera que el tiempo que se califica como tiempo de trabajo no puede considerarse en ningún caso tiempo de descanso y viceversa, el tiempo de descanso cuando lo es no puede calificarse como tiempo de trabajo.

Esta premisa obliga a incorporar en uno de estos dos conceptos el tiempo de guardia: o es tiempo de trabajo o es tiempo de descanso, pero no existe un tercer género o modalidad de tiempo "intermedia" en que concurren características de uno u otro, por ejemplo, en el caso de un trabajador en situación de guardia que está fuera de su centro de trabajo no realiza su prestación laboral, pero no tiene la libertad de desplazarse y organizar su tiempo libremente ya que ha de estar disponible para llegar a su puesto rápidamente en caso de requerimiento de la empresa.

En segundo lugar, considera importante el Tribunal que, para la calificación del tiempo como tiempo de trabajo, no se incorpora en la definición de la Directiva ninguna referencia al componente productivo o intensidad del trabajo (el tiempo de trabajo puede ser no directamente productivo) o al componente rendimiento (puede existir un tiempo de trabajo en que el trabajador no esté generando directamente un rendimiento).

La Sentencia de 1 de diciembre de 2005, C-14/04, afirma ambas ideas en su apartado 43 cuando concluye: "En este contexto resulta obligado destacar, por una parte, que la Directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso y, por otra parte, que entre los elementos peculiares del concepto de «tiempo de trabajo» a los efectos de esta Directiva, no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste".

Considera el Tribunal en tercer lugar que, la presencia física del trabajador y su disponibilidad en el lugar del trabajo durante el tiempo de guardia a los efectos de prestar sus servicios profesionales debe considerarse una parte de las funciones de su puesto de trabajo, aunque la actividad efectivamente desarrollada por el trabajador en las diferentes circunstancias vaya modificándose.



La Sentencia de este mismo Tribunal, de 3 de octubre de 2000, C-303/98, así lo considera, como tiempo de trabajo, en el caso de las guardias de los médicos en un centro de salud, cuyas actividades varían, pero que han de permanecer allí a disposición de las necesidades de servicio que surjan en cada momento. Afirma la Sentencia: "(...) los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario. (...) aun cuando la actividad efectivamente realizada varíe según las circunstancias, la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones".

Acertadamente, **matiza el Tribunal en cuarto lugar que la exclusión del concepto de tiempo de trabajo para el periodo de guardia equivaldría a poner en peligro los objetivos planteados por la Directiva, que no son otros que garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores**, lo que incluye lógicamente que estos trabajadores puedan disfrutar de periodos mínimos de descanso y además de periodos de pausa adecuados.

Como quinto elemento a analizar, considera el Tribunal que, de acuerdo con el concepto de tiempo de trabajo que plantea la Directiva 2003/88, una cuestión determinante para concluir que un periodo es tiempo de trabajo es que concurre el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario, normalmente el centro de trabajo, y permanecer a su disposición para poder prestar los servicios que le sean requeridos de forma inmediata en caso de necesidad.

Considera la Sentencia que estas obligaciones que limitan las posibilidades de que los trabajadores afectados puedan elegir su lugar de estancia durante el tiempo que duren las guardias han de considerarse también parte de sus funciones.

En la misma línea ya se había pronunciado el Tribunal en sentencias anteriores, por ejemplo, la de 9 de septiembre de 2003, C-151/02, igualmente dedicada a resolver la cuestión de las guardias de los médicos como tiempo de trabajo, y que afirma tajante: "el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 93/104, (...) es el hecho de que están obligados a hallarse fisi-

camente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad".

Como se observa, el TJUE en estas sentencias centra como eje para la consideración de esos periodos como tiempo de trabajo, el hecho de que la obligación de la guardia impide "que los médicos afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de espera". **En otras palabras, que está claro que nos encontramos ante un tiempo más cercano al tiempo de trabajo (el trabajador no tiene libertad absoluta para el uso de su tiempo) que al de descanso.**

Precisamente este último punto adquiere una gran trascendencia para el caso que nos ocupa, puesto que es en relación con él donde subyace la novedad del Caso Mayers, que viene obligado a permanecer en un lugar indicado por el empresario.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la calificación que corresponde al tiempo de guardia cuando concurren ciertas condiciones es la de tiempo de trabajo

En la Sentencia de 9 de septiembre de 2003, C-151/02, el Tribunal viene a delimitar ambas situaciones, indicando: "en comparación con un médico en régimen de alerta localizada, que sólo requiere que pueda accederse a éste de forma permanente sin que se exija, no obstante, su presencia física en el centro sanitario, un médico obligado a mantenerse a disposición de su empresario en el lugar determinado por éste durante

toda la duración de sus turnos de atención continuada está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales.

En estas circunstancias, no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halla descansando durante los períodos de su servicio de atención continuada en los que no ejerce efectivamente una actividad profesional”.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, **la Sentencia de 21 de febrero de 2018 que estamos comentando afirma que el caso de la “guardia localizada” implica para el trabajador “que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo”, lo que, a juicio de los magistrados, implica, a su vez, que “en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales”.** En esta circunstancia, la calificación del tiempo de trabajo sólo se corresponde con el tiempo dedicado efectivamente a la prestación de servicios.

Y ¿qué hay de especial en el caso del Sr. Mayers? Pues que en él concurren algunas circunstancias similares a las contenidas en los casos anteriores, pero también otras distintas. Por eso se cuestiona ante el TJUE, ya que la jurisprudencia anterior no contempla una respuesta para el mismo.

Para el Sr. Mayers su obligación no sólo era estar localizable, como en el concepto de “guardia localizada” descrito anteriormente, sino que además debía responder y personarse en un plazo de ocho minutos en su lugar de trabajo en caso de que el empresario así lo solicitase, y además de lo anterior, quedaba obligado a estar presente físicamente durante el tiempo de



presentarse en su lugar de trabajo
en un plazo de ocho minutos

guardia en el lugar determinado por el empresario, que la sentencia considera que no era su lugar de trabajo, sino su domicilio.

A la vista de estas características de las guardias que el Sr. Mayers debía cumplir en aplicación de la normativa, el Tribunal considera necesario plantearse si constituyen o no tiempo de trabajo, pero cree necesario hacerlo siempre desde la perspectiva de la Directiva 2003/88, a partir de las características objetivas que concurren en el caso, y siempre teniendo presente que la finalidad de esta norma europea, en opinión del TJUE, no es otra que “establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”.

Por ello, las circunstancias que rodean las obligaciones del Sr. Mayers, y especialmente la relativa a su obligación de presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, conducen al TJUE a concluir que son circunstancias que “limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Mayers, de dedicarse a sus intereses personales y sociales”. De hecho, esta forma de guardia es mucho más restrictiva que las guardias que sólo consisten en estar localizable a disposición

del empresario, en cuanto a las posibilidades que tiene el trabajador de utilizar libremente su tiempo o disponer libremente del mismo.

Como conclusión de todo lo anterior, el Tribunal concluye que el concepto de “tiempo de trabajo” previsto en el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el periodo de guardia, de estar a disposición del empresario, y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos. **Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia Europeo concluye su Sentencia afirmando que “el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse “tiempo de trabajo”.**

Respecto a la forma de remuneración de este tiempo de trabajo así definido, el Tribunal Europeo no se pronuncia y afirma que se trata de un tema que debe ser regulado y resuelto por el derecho nacional en cada caso.

Tribunal Supremo: el permiso de lactancia acumulado debe calcularse sobre una hora diaria y no sobre media

El permiso de lactancia que reconoce el Estatuto de los Trabajadores ya ha sido en varias ocasiones objeto de controversia.

El artículo 37 que lo recoge ha sufrido desde el año 94 unas diez modificaciones y, en el caso concreto del párrafo cuarto, que es el que recoge este permiso, por lo menos se ha modificado dos. Como veremos enseguida, **el precepto no es del todo claro en su dicción, lo que, sin duda, ha favorecido las numerosas cuestiones que han surgido en torno a su interpretación:** si el permiso estaba vinculado a la lactancia natural o también a otras formas de alimentación del bebé, si se reconocía a las madres y también a los padres...

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2018 viene a zanjar otra de las polémicas que han surgido en los últimos años en relación a este permiso: **en caso de opción por su acumulación, el cómputo de tiempo debe ser el resultado de la suma de una hora de permiso diaria, y no de media hora como se viene interpretando mayoritariamente por las empresas.**



mularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen."

Con esta redacción legal sobre la mesa, la discusión en el seno de las empresas y de las negociaciones de los convenios colectivos o acuerdos entre empresarios y trabajadores ha surgido en torno al cómputo del tiempo: si un trabajador opta por acumular el permiso, el tiempo total es el resultado de sumar una hora por cada día que corresponda disfrutar el permiso, o es el resultado de sumar media hora por cada día que corresponda disfrutar el permiso.

En este contexto se plantea el recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve en esta Sentencia 1613/2018, de 19 de abril, interpuesto por una empresa de Jaén, tras dos sentencias de instancia desestimatorias a su

1.- LA CONFIGURACIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA DISCREPANCIA EN EL SENO DE LA EMPRESA RECURRENTE

Para entender bien la problemática planteada en torno al cómputo de tiempo que corresponde por la acumulación del periodo de lactancia, empezaremos por ver la redacción vigente del artículo 37.4 que lo reconoce:

"4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o

acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acu-

pretensión de que el cómputo de la acumulación del periodo de lactancia se compute a partir de treinta minutos diarios.

El Convenio Colectivo de la empresa en cuestión recoge el permiso de lactancia como derecho de los trabajadores pero se limita a establecer que éste consistirá en "una hora diaria de ausencia, dividida en dos fracciones de media hora o reducción de la jornada diaria en media hora. **Posibilidad de disfrute acumulado**". Sin concretar, por tanto, como debe computarse esta acumulación.

Ante la diversidad de interpretaciones planteadas por la empresa, que entendía que debía computarse a partir de media hora, y los trabajadores, que entendían que debía computarse como una, la Comisión Paritaria del Convenio planteó la cuestión en los siguientes términos: "Por parte de ASMAVAM se considera que la lactancia acumulada debe realizarse computando 60 minutos diarios y no el tiempo que en la actualidad viene acumulando la empresa, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en esta materia. La Dirección de la empresa responde que la acumulación de horas de lactancia no es un derecho de los trabajadores que se desprenda directamente del ET, sino que dicha norma establece su regulación por vía convencional. Nuestro convenio no establece dicho derecho, sino exclusivamente su posibilidad de acuerdo con lo establecido en el art. 25 del mismo, de lo que se deduce que el trabajador que esté interesado al faltar tal regulación convencional, deberá pactar con la empresa los términos de la acumulación, y entre ellos el tiempo de acumulación diario.

Es decir, no existe un derecho de aplicación directa, sino la posibilidad de pactar en los términos que las partes acuerden".

La falta de acuerdo lleva a un primer proceso ante el SERCLA, que concluye con el posicionamiento

a favor del cómputo de una hora diaria para el cálculo del permiso acumulado, decisión que es recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por la empresa, que adopta la misma conclusión: una hora.

Ante esta segunda desestimación, la empresa plantea **recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo para que el máximo Tribunal sienta criterio en torno a si el permiso de lactancia es posible acumularlo atendiendo a la hora de ausencia cuando tal derecho de acumulación se recoge en el convenio colectivo aplicable, pero sin fijar los términos de tal acumulación o si, en ese caso, se debe estar a la práctica empresarial de acumulación en función de la media hora de reducción de jornada.**

Lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora

2.- LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y DE LAS INSTANCIAS INFERIORES

De forma resumida, las posiciones y argumentos que plantean las partes son las siguientes.

a) Por parte de la empresa:

En defensa de su posición, la empresa aporta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de mayo de 2012, que concluía con dos ideas que

venían a apoyar la posición ahora mantenida por la empresa. En primer lugar, que **la acumulación del permiso no es posible si no existe una previsión convencional o un acuerdo previo que así lo establezcan**. En segundo, que **en caso de que el Convenio Colectivo aplicable al caso no especifique cómo debe computarse esta acumulación, "habrá de estarse a la práctica empresarial de conceder 13 días de permiso de lactancia acumulado, computando media hora"**.

La empresa también alega que, a falta de concreción por parte de la regulación del Convenio, y en caso de duda, "debe acudirse a la costumbre que es fuente de derecho laboral y en este caso (...) la práctica habitual de la empresa es la de acumular el permiso a razón de media hora/día".

b) Por parte de las instancias inferiores y los representantes de los trabajadores:

Frente al recurso a la costumbre como fuente del derecho que pretende utilizar la empresa para fundamentar su posición, las sentencias de instancia acuden a los principios, que también constituyen fuente del derecho, y consideran que en este caso **debería aplicarse el principio pro operario, es decir, en caso de duda en la interpretación del texto legal, debe optarse por la interpretación más favorable al trabajador, es decir, la acumulación se calculará a partir de una hora diaria.**

3.- LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL CÁLCULO DE LA ACUMULACIÓN A PARTIR DE UNA HORA/DÍA

Del análisis de los argumentos anteriores, y de la redacción vigente del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo de la empresa recurrente, el Tribunal Supremo llega a dos conclusiones.

En primer lugar, que **la posibilidad de disfrute acumulado del permiso**

recogido en el Convenio no es un derecho que pueda quedar a disposición del acuerdo de las partes porque, en opinión del Supremo, no es ese el contenido del artículo 25 del Convenio Colectivo en discusión, que en ningún momento indica que la acumulación del permiso deba realizarse a partir de tal acuerdo. En opinión del Alto Tribunal: "de entender que la acumulación del permiso debería producirse por acuerdo entre las partes, así tendría que haberlo expresado máxime cuando ya se contempla tal previsión en el propio art. 37.4 ET".

En segundo lugar, en cuanto a las reglas para su cálculo, la opinión del Supremo es clara: "la fijación de los términos del derecho de acumulación, desde luego, no puede dejarse a la práctica empresarial cuando el propio art. 37.4 del ET lo somete al acuerdo de voluntades y no a la decisión unilateral del empresario que es lo que, en definitiva, pretende la parte recurrente por medio de una consideración de ésta como costumbre y menos cuando ésta no respeta los derechos reconocidos en la norma legal".

Es decir, que no puede la voluntad del empresario alegada a través de la costumbre como fuente del derecho, pasar por encima del acuerdo que exige el Estatuto de los Trabajadores.



Pero, añade el Supremo, por la misma razón tampoco puede dejarse a decisión del trabajador la configuración del permiso, porque igualmente sería contrario a la regulación legal. En conclusión: "ni la práctica de empresa ni la voluntad unilateral del trabajador puede, aisladamente, configurar el derecho de acumulación".

Por último, en tercer lugar, concluye el Supremo que la redacción legal habla de la posibilidad de que la negociación colectiva acumule en jornadas completas el derecho, y el derecho es el derecho de ausencia de una hora, éste es, por tanto, el tiempo que puede acumularse:

"Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión "acumularlo", en clara referencia al derecho y no dice "acumularla" en referencia a la reducción de jornada.

Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional."

NORMATIVA LABORAL

Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo, por la que se modifica la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.

Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020.

Real Decreto 257/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

MERCANTIL

El Tribunal Supremo defiende el protagonismo de los Estatutos y de la Junta en la determinación de la remuneración de administradores y consejeros delegados

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 viene a romper la posición que hasta ahora sostenía la Dirección General de los Registros y el Notariado y la mayoría de la doctrina, que consideraba que la remuneración de los consejeros delegados no requería ni estar previamente establecida en Estatutos, ni contar con el acuerdo de la Junta General, requisitos que sí son exigibles para los administradores. Para el Tribunal Supremo esta dualidad de regímenes no es acorde con la legislación mercantil, y toda remuneración de administradores, incluida la de los consejeros delegados de un consejo de administración, ha de apoyarse en la correspondiente previsión estatutaria y aprobación de la Junta General. Si no es así, no tiene cabida en el marco legal.



1.- LA CLÁUSULA ESTATUTARIA QUE GENERA EL CONFLICTO: ¿SE PUEDE REMUNERAR A LOS CONSEJEROS DELEGADOS SÓLO POR DECISIÓN DEL CONSEJO?

El origen del procedimiento judicial que acaba con esta sentencia del Tribunal Supremo y que viene a romper la posición que venía manteniendo nada menos que la Dirección General de los Registros y el Notariado y la mayoría de la doctrina, arranca de la siguiente cláusula estatutaria: **"El cargo de administrador no será retribuido,**

sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, **sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria** alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital".

Como se puede observar, la presente cláusula prevé como regla

general la gratuidad del cargo de administrador, salvo el caso de adoptar la administración la forma de consejo y el nombramiento de consejeros delegados. Para este caso concreto, la remuneración se reconoce sin necesidad ni de acuerdo de la junta ni de previsión estatutaria que la contemple, sino que queda a decisión del propio Consejo. A efectos prácticos, esta cláusula está trasladando el poder de decisión sobre la remuneración de los consejeros delegados, desde el seno de la sociedad a través de la previsión de esta posibilidad de remuneración en los Estatutos (aprobados por los socios) y su cuantía decidida por la junta, al seno del Consejo de Administración que, según la señalada cláusula, será quien "acuerde la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos".

El Registrador Mercantil deniega la inscripción de este precepto de los Estatutos de la sociedad al considerar que el mismo vulnera el principio de reserva estatutaria pues considera que, tanto la existencia de remuneración, como el



concreto sistema de retribución de los administradores, debe venir recogido necesariamente en los Estatutos. La decisión denegatoria fue impugnada por la sociedad ante el Juzgado mercantil competente, que desestimó su pretensión, requiriendo también la correspondiente previsión estatutaria como había mantenido el Registrador Mercantil.

La sociedad recurre esta decisión denegatoria ante la Audiencia Provincial, que la estima, aplicando la posición doctrinal mayoritaria y mantenida también por la Dirección General de los Registros y el Notariado, favorable a exigir esta previsión estatutaria para los administradores ordinarios, pero no exigirla para los consejeros delegados. Esta sentencia estimatoria de las pretensiones de la sociedad es impugnada ante el Tribunal Supremo por el Registrador Mercantil en casación.

La cuestión que se plantea ante el alto Tribunal es si en nuestro derecho la exigencia de un contrato que contemple y concrete la remuneración de los consejeros delegados no es suficiente para fundamentar tal remuneración, sino que la misma requiere también, primero, la correspondiente previsión en Estatutos que la contemple, al menos, como posibilidad, y segundo, que esta remuneración se sitúe además dentro de la cantidad máxima señalada por la Junta General.

2.- LA REFORMA DE 2014 Y SU INTERPRETACIÓN PREVIA A LA SENTENCIA

Tras la reforma operada en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en lo que aquí interesa, podemos afirmar que el marco legal previsto por el artículo 217 y 249 queda configurado por las cinco premisas siguientes:

- **El cargo de administrador es gratuito salvo que los Estatutos establezcan lo contrario.** Es lo que se denomina la "reserva estatutaria". Si los Estatutos no prevén alguna forma de remuneración, se presume que dicha remuneración no existe. En el caso que nos ocupa, la cláusula estatutaria recurrida salta por encima de esta previsión y pretende que esta remuneración quede a decisión del Consejo para el caso de los consejeros delegados, a pesar de existir una previsión general de gratuidad en Estatutos: "El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración..."
- **El sistema de remuneración de los administradores determinará el concepto o conceptos de dicha remuneración,** que podrán consistir en alguno o algunos de los que la ley contempla, por ejemplo, una asignación fija, dietas de asistencia, participación en bene-

ficios, indemnizaciones por cese...

- **Corresponde a la Junta General la determinación del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores** en su condición de tales. Esta cuantía así aprobada permanecerá invariable en tanto no se apruebe su modificación.
- A partir de este importe máximo, y salvo que la Junta determine otra cosa, **la distribución de la retribución entre los administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del Consejo de Administración, por decisión del mismo, teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades de cada consejero.**
- Cuando el consejo de administración nombre consejeros delegados establecerá el contenido, los límites y las modalidades de delegación. **Estos consejeros delegados deberán celebrar un contrato con la sociedad** que será previamente aprobado por el consejo de administración, y en que se detallarán los conceptos por los que se pueda obtener una retribución por el desempeño de sus funciones ejecutivas.

Este articulado ha sido interpretado tradicionalmente de acuerdo con una concepción dualista en cuanto a las funciones de los consejeros y la exigencia o no de la reserva estatutaria sobre su remuneración: por una parte, existen funciones inherentes al cargo de administrador, que en el caso de existencia de consejo se reducen a la llamada función deliberativa y el sistema de retribución de esta función es lo que debe regularse en estatutos; por otra, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función in-

herente al cargo de "consejero" como tal, sino una función adicional que nace de una relación jurídica consecuencia del nombramiento como consejero delegado, y esta remuneración no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero.

3.- LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA NOVEDOSA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Frente a esta interpretación mayoritaria que se venía manteniendo a todos los niveles de doctrina, administración y jurisprudencia, la posición rupturista que mantiene el Tribunal Supremo en esta reciente Sentencia y sus consecuencias prácticas son las siguientes:

1) La regulación legal (artículo 217 TRLSC) exige la constancia estatutaria del carácter retribuido de todos los tipos de administradores, por tanto, también se debe exigir esta previsión estatutaria para el reconocimiento de remuneración a los consejeros delegados.

2) Frente a la posición dualista defendida mayoritariamente, el TS sostiene que las funciones inherentes al cargo de administrador incluye tanto las funciones deliberativas como las ejecutivas por lo que no puede sostenerse la distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión. Que alguna de estas funciones, como las ejecutivas, puedan ser delegadas, no excluye que se trate de funciones inherentes al cargo de administrador.

Esta interpretación que mantiene el Tribunal Supremo se refuerza con la defensa que este órgano judicial realiza del necesario respeto a la transparencia y al papel del socio en el diseño del funcionamiento societario. Mantener la tesis mayoritaria favorable a la posibilidad de que la decisión de la remuneración de los consejeros delegados se produzca al margen de la previsión

estatutaria y de la decisión de la Junta implica en palabras del Supremo "comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel jugado por la Junta General".

Consecuencias negativas que además se verían potenciadas por la restricción en el régimen que disciplina la información que los socios pueden obtener sobre este punto. Todas estas consecuencias limitadoras de los derechos del socio parecen contradictorias con el objetivo de "fomentar la participación accionarial" que contempla el Preámbulo de la Ley 31/2014.

La única diferencia que admite el Supremo para los consejeros delegados es que para ellos existirá un contrato con la sociedad que deberá ser aprobado por el consejo de administración

Por todo lo anterior, **el sistema de remuneración de los administradores tras la reforma queda estructurado para el Tribunal Supremo en tres niveles:**

El primer nivel, sobre si existe o no retribución, viene constituido por los Estatutos Sociales, que son los que han de establecer el carácter gratuito del cargo, bien por no establecer expresamente retribución, o bien por disponer expresamente que será gratuito, o, por el contrario, establecer su carácter remunerado, fijando en este caso cuál será el sistema de remuneración y que determinará el

concepto o conceptos retributivos, entre los señalados por la ley.

El segundo nivel viene determinado por los acuerdos de la Junta General que son a los que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores de las sociedades no cotizadas, sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo más amplio sobre la política de remuneración. Además, salvo disposición contraria en Estatutos, la junta podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por parte de este órgano de administración de decisiones en materia de retribución de consejeros delegados.

El tercer nivel viene configurado por las decisiones de los propios administradores, los cuales, salvo que la junta determine otra cosa, son los que decidirán la distribución de la retribución entre ellos, y en caso de consejo de administración, por decisión del mismo, atendiendo a las funciones y responsabilidades de cada consejero.

En opinión del Tribunal estos tres niveles son aplicables a todos los administradores, y por tanto, es recomendable que todas las sociedades afectadas por esta nueva posición jurisprudencial adopten sus Estatutos a esta nueva interpretación a efectos de evitar impugnaciones y también a efectos de tener clara la consideración fiscal de estas remuneraciones, en tanto que acordes con el marco legal.

La única diferencia que admite el Supremo para los consejeros delegados es que para ellos existirá un contrato con la sociedad que deberá ser aprobado por el consejo de administración, "pero cuyo contenido ha de ajustarse al marco estatutario y al importe máximo anual de la retribución de los administradores en el desempeño de su cargo fijado por la Junta General".

CALENDARIO

Selección de fechas principales:

JULIO 2018

Hasta el día 2:

RENTA Y PATRIMONIO

Declaración anual Renta y Patrimonio 2017

IVA

Mayo 2018:

Autoliquidación 303

Hasta el día 20:

RENTA Y SOCIEDADES

Retenciones e ingresos a cuenta:

Junio 2018:

Grandes Empresas 111, 115, 123

Segundo Trimestre 2018: 111, 115, 123

Pagos fraccionados RENTA:

Segundo Trimestre 2018:

Estimación Directa 130

Estimación Objetiva 131

IVA

Junio 2018: Declaración de operaciones

incluidas en libros registro 340

Junio 2018: Declaración de

operaciones intracomunitarias 349

Segundo Trimestre 2018:

Autoliquidación 303

Segundo Trimestre 2018: Declaración de

operaciones intracomunitarias 349

Hasta el día 25:

SOCIEDADES

Declaración anual 2017 200, 220

Hasta el día 30:

IVA

Junio 2018:

Autoliquidación 303

AGOSTO 2018

Hasta el día 20:

RENTA Y SOCIEDADES

Retenciones e ingresos a cuenta:

Julio 2018

Grandes Empresas 111, 115, 123

IVA

Julio 2018: Declaración de operaciones

incluidas en libros registro 340

Hasta el día 30:

IVA

Julio 2018:

Autoliquidación 303

SEPTIEMBRE 2018

Hasta el día 20:

RENTA Y SOCIEDADES

Retenciones e ingresos a cuenta:

Agosto 2018

Grandes Empresas 111, 115, 123

IVA

Agosto 2018: Declaración de operaciones

incluidas en libros registro 340

Julio y Agosto 2018: Declaración de

operaciones intracomunitarias 349

“Lo que no es útil para la colmena no es útil para la abeja”
Marco Aurelio



Hoy hablamos de ...



¿Qué son las CRIPTOMONEDAS?

Una criptomoneda o criptodivisa constituye un medio digital de intercambio. La criptomoneda más famosa es el bitcoin que comenzó a funcionar en el año 2009, aunque posteriormente han ido naciendo otras criptomonedas menos conocidas como el Litecoin o el Dogecoin.

Las criptomonedas sirven para llevar a cabo lo que se suele denominar el "internet de valor" o "internet del dinero" ya que son aplicaciones de internet que se utilizan para realizar intercambios de valor a través del pago mediante criptomonedas.

Hace unos meses se realizó en la ciudad de Tarragona la primera venta de un piso en España pagado íntegramente con bitcoins.

La característica principal del pago a través de criptomonedas es que, a diferencia de otros

instrumentos de pago por internet, aquí no existe respaldo o actuación a través de una entidad bancaria, sino que se trata de una operación sin intermediarios, lo que permite reducir el coste de las operaciones, hacerlas más ágiles en muchos casos, y no depender de agentes o entidades financieras que hayan de intervenir o aparecer en la operación.

Al tratarse de una forma de pago directa entre particulares al margen de las monedas de curso legal, y no controlada ni regulada ni dependiente de ningún Estado, puede convertirse en un instrumento opaco para transacciones ilegales, lo cual ha hecho levantar importantes sospechas por parte de la comunidad internacional.

Por otra parte, tampoco es fácil someter estas operaciones a tributación ni comprobar su valor, por lo que constituirán, sin duda, uno de los grandes caballos de batalla en el futuro próximo para las administraciones fiscales.

Verano



"Summer afternoon
(tarde de verano)...
las dos palabras más
hermosas de la lengua
inglesa"

Henry James

PKF en España

Barcelona

PKF-Audiec, S.A.P.
Av. Diagonal, 612, 7-11
08021 Barcelona
Tel.: + 34 93 414 59 28
Fax: +34 93 414 02 48
www.pkf.es

Islas Canarias

RMA Auditores y Consultores, S.L.
Triana, 13, 1º B
35002 Las Palmas de Gran Canaria
Tel.: + 34 928 360 045
Fax: + 34 928 381 552
www.pkf.es

Madrid

ATTEST
Orense, 81, 7ª Planta
28020 Madrid
Tel.: + 34 91 556 11 99
Fax.: + 34 91 556 96 22
www.attest.es

Bilbao

ATTEST
Alda. Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: + 34 94 424 30 24
Fax: + 34 94 424 37 15
www.attest.es

Málaga

Ab íntegro, S.R.L. (firma de auditoría)
Sancha de Lara, 13, 2º izda.
29015 Málaga
Tel.: + 34 95 260 18 29
Fax: + 34 95 221 26 19
www.pkf.es

Palma de Mallorca

PKF ATTEST
Av. Juan March Ordinas, 9, 2º D
07004 Palma de Mallorca
Tel.: +34 971 71 22 79
Fax: + 34 971 71 36 47
www.pkf.es

Zaragoza

CB Auditores y Asesores, S.L.
Antonio Candalija, 8, Pral, dcha.
50003 Zaragoza
Tel.: + 34 976 39 15 18
Fax: + 34 976 29 46 53
www.pkf.es