



FACULTAD DE DERECHO

**DEDUCIBILIDAD EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE
LA REMUNERACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE
ADMINISTRACIÓN**

Autora: Lucía Agrasar González

Curso: 5º E-3 Analytics

Área de conocimiento: Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Prof. Dr. D. Javier Alonso Madrigal

Madrid

Abril, 2022

RESUMEN

Más de 11 años de controversia judicial y doctrinal que no han zanjado aún la problemática en torno a la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las remuneraciones de los administradores. El conflicto iniciado por la Sentencia Mahou (13/11/2008) que calificó como liberalidades las retribuciones a consejeros que ejercían funciones de alta dirección, parecía haber quedado resuelta tras el cambio legislativo de 2014. No obstante, lejos de poner fin al conflicto, la reforma también introdujo el controvertido apartado f) en el artículo 15, apartando del concepto de gasto deducible las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Paralelamente, en el ámbito mercantil, también fue un año de reformas, y la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre¹ modificó ciertos preceptos² relacionados con la remuneración de los administradores.

Tras varias reformas mercantiles y fiscales, numerosos pronunciamientos de nuestros tribunales y apoyos mayoritarios y minoritarios de la doctrina, la cuestión objeto de análisis ha sufrido muchas idas y venidas, pero desafortunadamente la controversia aún no ha quedado resuelta. En los últimos años, El Tribunal Económico Administrativo Central (resolución del 8 de octubre de 2019 y 17 de julio de 2020) ha venido negando su deducibilidad cuando no se observen los requisitos recogidos en la normativa mercantil, mientras que el Tribunal Supremo en su último pronunciamiento del 8 de febrero de 2021, ha mantenido una interpretación restrictiva sobre la concepción de gastos “contrarios al ordenamiento jurídico”.

PALABRAS CLAVE: retribución, consejo de administración, consejero delegado, teoría del vínculo, fiscalidad, liberalidad

ABSTRACT

More than 11 years of judicial and doctrinal controversy have not yet settled the issue of the deductibility of board administrators' remuneration for corporate income tax purposes. The conflict initiated by the Mahou Sentence (13/11/2008), which classified as liberalities the remuneration of directors exercising senior management functions, seemed

¹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se reforma la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).

² En relación a la retribución de los administradores, entre otros, el artículo 217 LSC y 249 LSC.

to have been resolved after the reform in 2014. However, far from putting an end to the conflict, the reform also introduced the controversial paragraph f) in Article 15, removing from the concept of deductible expense the actions contrary to the legal system. In parallel, in the mercantile field, it was also a year of reforms, and the approval of the Law 31/2014, of December 3 modified certain precepts related to the remuneration of directors.

After several mercantile and tax reforms, numerous pronouncements of our courts and majority and minority support from the doctrine, the issue under analysis has undergone many comings and goings, but unfortunately the controversy has not yet been resolved. In recent years, the TEAC (resolution of October 8, 2019 and July 17, 2020) has been denying its deductibility when the requirements set out in the mercantile regulations were not observed, while the Supreme Court (judgment of February 8, 2021) has maintained a restrictive interpretation of expenses contrary to the legal system.

KEYWORDS: remuneration, board of directors, managing director, bond theory, taxation, liberality

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| LISTA DE ABREVIATURAS | 5 |
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| 1. PROPÓSITO GENERAL..... | 7 |
| 2. PLANTEAMIENTO | 7 |
| 3. OBJETIVOS..... | 8 |
| 4. METODOLOGÍA | 8 |
| CAPITULO I: EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: ASPECTOS LABORALES Y MERCANTILES | 9 |
| 1. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA MERCANTIL | 9 |
| 2. CONSIDERACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA LABORAL | 11 |
| CAPITULO II: REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL (LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL) | 14 |
| 1. CRITERIOS GENERALES | 14 |
| 2. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LSC RELATIVAS A LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES | 15 |
| 2.1 Ámbito de aplicación objetivo | 15 |
| 2.2 Ámbito de aplicación subjetivo (teoría del vínculo) | 17 |
| 2.2.1 <i>Antes de la reforma de 2014</i> | 18 |
| 2.2.2 <i>Tras la reforma de 2014</i> | 20 |
| CAPITULO III: REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL (LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES) | 26 |
| 1. REQUISITOS DE DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS | 26 |
| 2. DEDUCIBILIDAD DEL GASTO POR LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES..... | 27 |
| 2.1 Evolución previa a la LIS 27/2014 | 27 |
| 2.1.1 <i>Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades</i> | 27 |
| 2.1.2 <i>Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades</i> | 31 |
| 2.2 Evolución posterior a la LIS 27/2014 | 36 |
| 2.2.1 <i>Novedades normativas</i> | 36 |
| 2.2.2 <i>Interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina administrativa</i> | 38 |
| CONCLUSIÓN | 47 |
| BIBLIOGRAFÍA | 49 |

LISTA DE ABREVIATURAS

AET: Agencia Estatal de Administración Tributaria

Art: Artículo

AN: Audiencia Nacional

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado

DGT: Dirección General de Tributos

ET: Estatuto de Trabajadores

FJ: Fundamento Jurídico

Ibid: *Ibidem* (en el mismo lugar)

Id: *Ídem*

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IS: Impuesto sobre Sociedades

LGT: Ley General Tributaria

LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

LSC: Ley de Sociedades de Capital

Núm: Número

Op. cit: *Opus citatus* (obra citada)

PCG: Plan General Contable

RD: Real Decreto

Rec. : Recurso

RRM: Reglamento del Registro Mercantil

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEAC: Tribunal Económico Administrativo

TS: Tribunal Supremo

Vid: *Vide* (véase)

INTRODUCCIÓN

1. PROPÓSITO GENERAL

El propósito general del presente trabajo es el estudio de la jurisprudencia y doctrina administrativa y científica acerca de la deducibilidad de las remuneraciones de los administradores en el Impuesto sobre Sociedades. Esta cuestión se ha visto impactada por los cambios en la normativa fiscal y mercantil de los últimos años. No obstante, el legislador no ha llegado a dilucidar el tratamiento que debe darse a estas retribuciones y la jurisprudencia y doctrina administrativa y científica tampoco han seguido siempre un mismo criterio. En este trabajo se pretende analizar en detalle los argumentos aportados por nuestros tribunales y doctrina con el fin de entender el estado actual de la materia en cuestión.

2. PLANTEAMIENTO

El Consejo de Administración, como órgano de representación y gestión de la sociedad, está formado por administradores que pueden ser remunerados por su cargo (art. 217 LSC). Dichas cuantías pueden ser deducibles en el Impuesto de Sociedades, suponiendo una reducción en el total a tributar. Sin embargo, los requisitos para que se permita dicha deducibilidad no están del todo delimitados ni por la normativa fiscal y la normativa mercantil subyacente. La mayor controversia ha surgido en los casos en los que se retribuye por las funciones directivas pero los estatutos prevén que el cargo es gratuito.

Por un lado, si bien la necesidad de que los estatutos recojan necesariamente el sistema de retribución de los administradores no ha sido gran cuestión de debate, no ha quedada resuelta la disyuntiva en torno a la figura del consejero que ejerce también funciones ejecutivas (consejero delegado – art. 249 LSC-). Estas cuestiones se han trasladado al ámbito fiscal, lo que ha provocado que se generen dudas acerca de cuáles son las condiciones exactas para que puedan deducirse estas retribuciones. Asimismo, la introducción de los apartados e y f) del artículo 15 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), ha desencadenado en una contraposición de opiniones sobre el fundamento que reside detrás de la deducibilidad de

estos pagos, abogando un sector por su carácter de liberalidad y otros por subsumirlo en el concepto de actuación contraria al ordenamiento jurídico.

La interpretación por la que se opte y el tratamiento concreto que se le otorgue a estas remuneraciones en el ámbito mercantil puede tener consecuencias muy distintas en el ámbito fiscal.

3. OBJETIVOS

Mediante este trabajo, se expone la materia en cuestión en toda su complejidad, y si bien no se pretende dar una solución definitiva al problema (los tribunales de nuestro país tampoco lo han hecho), se busca analizar los argumentos detrás de cada solución propuesta. El fin último es poder concluir cuales son las cautelas que deben seguir las sociedades para poder deducirse dichos gastos.

Para ello, se comenzará exponiendo las características propias del órgano de administración y la posibilidad que la normativa mercantil facilita para poder delegar funciones de carácter ejecutivo. Seguidamente, se discutirá el tipo de relación que mantienen los miembros del Consejo con la sociedad y se profundizará en la llamada teoría del vínculo, como punto de partida para entender la controversia existente en torno a la figura del consejero delegado. Como últimos dos puntos, que constituyen el cuerpo principal del trabajo, se realizará un análisis evolutivo de la normativa, jurisprudencia y doctrina mercantil y fiscal, que permitirá entender los cambios interpretativos que se han ido sucediendo a lo largo de estos años. Finalmente, se procederá a extraer las conclusiones más relevantes que permitirán entender cuál es el tratamiento más adecuado que debe darse a la materia en la actualidad.

4. METODOLOGÍA

En su mayoría, este trabajo consiste en una revisión jurisprudencial y bibliográfica sobre la remuneración de los administradores. Para ello, se analizan legislación y jurisprudencia, tanto mercantil, laboral como fiscal. Asimismo, se revisan los principales pronunciamientos de nuestros tribunales (entre otros, del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Audiencias Provinciales, etc.), de la doctrina administrativa (Tribunal Económico-Administrativo Central, Dirección General de Tributos y Dirección General

de los Registros y del Notariado) así como de las principales referencias doctrinales en el ámbito mercantil y fiscal.

CAPITULO I: EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: ASPECTOS LABORALES Y MERCANTILES

1. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA MERCANTIL

Como punto de partida, cabe recordar que las sociedades de capital, como entes con personalidad jurídica, despliegan su actividad y manifiestan su voluntad a través de sus órganos sociales, que son fundamentalmente dos: la Junta General, el órgano de gobierno de la sociedad que está formada por los socios de la entidad, y el Consejo de Administración, que ejerce las funciones de gestión y representación de la sociedad.

En primer lugar, la función de gobierno, aunque no aparece mencionada explícitamente en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), surge implícitamente del deber de diligencia y lealtad que recogen los artículos 225 y 227 LSC³. La función de representación⁴, tanto en juicio como fuera de él, se caracteriza por ser una atribución de carácter legal, pues tiene su origen en la LSC y no en los estatutos o en un contrato. No obstante, es práctica habitual que, para ejercer la función de representación, los administradores otorguen poderes, de carácter especial o general, en favor de empleados o directivos. Por otro lado, se trata de una atribución exclusiva, pues solo el órgano de administración, y no la junta general, puede ejercer dicha función. Por último, la función de gestión se refiere a la realización de los actos comprendidos en el objeto social⁵, que incluye tanto las materias expresamente incluidas en él como todos aquellos actos que sean auxiliares a su consecución.

³ Díez Estella, F., “La administración de la sociedad”, *Temario Dº Mercantil I – C.U. Villanueva*, p.78, 2018/2019 (disponible en http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_19.pdf; última consulta 19/03/2022).

⁴ Art. 209 y 223 LSC.

⁵ Art. 117.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE 31 de julio de 1996).

El órgano de administración puede confiar el poder de representación a un único administrador (persona física o jurídica) o a varios, pudiendo revestir alguna de las siguientes formas (art. 210 LSC y art. 124 RRM):

- Administrador único: una única persona es quien ejerce las funciones de administración o representación;
- Dos o más administradores mancomunados: las funciones de gestión y representación se ostentan de forma mancomunada, esto es, los administradores deben actuar conjuntamente;
- Dos o más administradores solidarios: las funciones propias del cargo pueden realizarse por cada administrador de forma individual, sin necesidad de autorización por parte del resto de administradores;
- Consejo de administración: órgano de carácter colegiado, integrado por un mínimo de tres miembros y un máximo de doce, cuyas decisiones se toman por acuerdo de la mayoría de sus miembros.

Cuando se opta por el consejo de administración, existe la posibilidad -según recoge el artículo 249 LSC y siempre que los estatutos no lo impidan- de delegar las funciones de gestión y de representación propias del órgano a favor de una comisión ejecutiva o a favor de una o varias personas, como el presidente del consejo o algún consejero (figura que se conoce como consejero delegado).

Si bien es posible delegar facultades concretas, lo más habitual es que se delegue utilizando una fórmula genérica, de forma que se confíen todas las funciones del consejo de administración, salvo aquellas facultades que tengan el carácter de indelegables. El apartado V del preámbulo de la LSC de 2014 y el artículo 249 bis delimitan cuáles son las facultades indelegables, siendo estas, entre otras, la formulación de las cuentas anuales, la censura de la gestión social, las de supervisión o la determinación de políticas y estrategias generales.

Ahora bien, además de poder delegar en uno o varios sujetos, el consejo de administración puede otorgar poderes a favor de personas externas (abarcando a apoderados, directores generales o gerentes). No obstante, de las personas sobre las que puede recaer la delegación (miembros del consejo de administración) o el apoderamiento (cualquier

persona), ambas figuras se diferencian en que (i) los apoderados no tienen carácter de órgano social, (ii) los apoderados tienen sus facultades limitadas a lo recogido en el poder, mientras que los delegados tienen las mismas facultades que las atribuidas al consejo y en que (iii) los delegados están sujetos al régimen de responsabilidad recogido en la LSC pero los apoderados no⁶.

En este contexto, si bien el objeto de este trabajo se centra en la remuneración de los administradores en general, parte del debate doctrinal y jurisprudencial que ha surgido en relación a esta materia se centra en la figura del consejero delegado.

2. CONSIDERACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA LABORAL

Otro de los grandes debates surge sobre la relación que mantienen los administradores con la sociedad. Desde una perspectiva laboral, el art. 1.3.c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁷ parece excluir⁸ del ámbito de aplicación de la legislación laboral a los consejeros y miembros de los órganos de administración de las sociedades, independientemente de la denominación que reciban, por no concurrir en los mismos una de las notas esenciales de los contratos de trabajo: la ajenidad. Esto se debe a que la única forma que la sociedad tiene de manifestar su voluntad es a través de sus órganos sociales, de forma que no pueden apreciarse dos voluntades diferentes, la de la sociedad, por un lado, y la del administrador, por otro⁹.

Ahora bien, de una lectura más profunda del art. 1.3.c) del ET, parece que la exclusión del ámbito laboral no alcanza a todas las funciones, tareas, cometidos o facultades de los

⁶ Fachal Noguera, N., “El régimen de responsabilidad del órgano de administración plural: en particular, el consejo de administración con funciones delegadas”, *Lefebvre Revistas*, 2018, (disponible en <https://elderecho.com/regimen-responsabilidad-del-organo-administracion-plural-particular-consejo-administracion-funciones-delegadas>; última consulta 05/04/2022).

⁷ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).

⁸ “Se excluyen del ámbito regulado por esta ley (...) c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.”

⁹ Alfaró Águila-Real, J., “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *Revista para el análisis del Derecho*, n.1, 2016, p.6.

administradores en el seno de la organización, sino solo a aquellas propias de su función como administrador societario. De esta forma, la exclusión recogida en la normativa laboral debe operar para aquellos administradores o consejeros que limitan su actividad a aquellas tareas propias de su cargo¹⁰; pero se ha discutido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, qué tratamiento debe darse a aquellos administradores que no solo toman parte de las decisiones del Consejo, sino que además participan en su ejecución.

A este respecto, es interesante detenerse en las tareas directivas que se realizan en el seno de una organización y en cómo se reparten en tres niveles de organización:

- En primer lugar, la dirección ordinaria, constituida por lo que se conoce como “directivos de carácter técnico”, ejerce funciones dentro de un área funcional determinada y goza de una relación laboral común (art. 1.1. ET), regulada en el ET y resto de legislación laboral. Para tener la consideración de relación laboral, según especifica la Sentencia de 23 de octubre de 1989¹¹, debe acreditarse la realización de un servicio bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido.
- En segundo lugar, la alta dirección mantiene con la empresa una relación laboral de carácter especial, que viene definida en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante, RD de Alta Dirección)¹². El concepto de alta dirección debe ser interpretado de una manera restrictiva, teniendo que cumplir tres principales requisitos recogidos en el mismo artículo 1.2 para poder encuadrarse bajo esta figura: (i) ejercitar poderes que sean inherentes a la titularidad de la empresa, (ii) sus facultades deben involucrar “objetivos generales de la compañía” y (iii) dichas facultades deben ser efectuadas de manera autónoma y con plena responsabilidad. Esta relación laboral de carácter especial se regula en el contrato de alta dirección, en el RD de Alta Dirección y

¹⁰ Lluch Corell, F., “La relación de los administradores de la sociedad con el derecho del trabajo”, *Lefebvre*, 2015 (disponible en <https://elderecho.com/la-relacion-de-los-administradores-de-la-sociedad-con-el-derecho-del-trabajo>; última consulta 01/04/2022).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5640/1989, de 23 de octubre de 1989 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079140011989100429]. Fecha de la última consulta: 03/03/2022.

¹² Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE 12 de agosto de 1985).

en determinadas normas civiles y mercantiles, de forma que el ET es solo aplicable por remisión.

- Por último, los consejeros o miembros del órgano de administración mantienen una relación mercantil con la sociedad (por exclusión del art. 1.3.c) del ET, como ya se ha expuesto), que viene regulada en los estatutos de la sociedad y en la legislación mercantil.

Por tanto, como se ha planteado, el problema emerge en los supuestos de los consejeros delegados. Hablamos de aquellos casos en los que el consejero realiza funciones que van más allá de su actividad propia, ejerciendo tareas ejecutivas que están formalizadas bajo una relación laboral especial de alta dirección. Así las cosas, cabría preguntarse: ¿existe un doble vínculo (mercantil y laboral) entre el consejero y la sociedad? Como consecuencia de una redacción normativa poco clara, la acogida jurisprudencial y doctrinal a este respecto ha suscitado un gran debate. No obstante, el Tribunal Supremo ha ido desarrollando la conocida “teoría del vínculo”, que se explicará más en detalle a continuación, que niega la posibilidad de que exista un doble vínculo entre el administrador y la sociedad.

En este sentido, aunque la figura de personal de alta dirección podría parecer análoga a la del consejero que ejerce funciones ejecutivas, la naturaleza jurídica es claramente distinta y este argumento ha sentado las bases de la teoría mencionada. Además, como se ha indicado *supra*, una de las grandes diferencias radica en la nota de ajenidad, que concurre de forma plena en la relación de alta dirección pero que es inexistente en el órgano de administración, cuyos miembros son parte integrante de la propia sociedad.

Por lo tanto, y adelantando las conclusiones del alto Tribunal a este respecto, aunque el consejero realice un “plus” de dedicación respecto de otros miembros del Consejo -y que por tanto esté dado de alta en la Seguridad Social como trabajador o se le hayan practicado las retenciones correspondientes a los rendimientos de trabajo¹³-, la naturaleza jurídica de

¹³ En el artículo 17 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), no menciona el carácter mercantil o laboral de la relación, indicando que “*se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza (...)*”.

la relación del administrador con la sociedad, que se define por su propia esencia y contenido, será puramente mercantil¹⁴.

CAPITULO II: REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL (LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL)

1. CRITERIOS GENERALES

La cuestión de la retribución de los administradores se ha ido construyendo a través de la normativa mercantil, de la jurisprudencia y de las resoluciones de la Dirección de Registros y del Notario, entre otros, dando lugar al marco legislativo y doctrinal que explicaremos más adelante.

De esta forma, y tras diversas reformas normativas, la retribución de los administradores de las sociedades mercantiles de capital no cotizadas se rige actualmente en el ámbito mercantil por dos principios:

1. Reserva estatutaria, recogida en el artículo 217.1 de la LSC.
2. Presunción de gratuidad, en los casos en los que no existe previsión estatutaria.

A su vez, tras la reforma de la LSC de 2014, el Tribunal Supremo ha establecido los criterios generales de la retribución en su conocida -y posteriormente analizada- Sentencia de 26 de febrero de 2018¹⁵:

- Los estatutos sociales deben recoger el carácter gratuito o retribuido del cargo. En este último caso, los estatutos deberán determinar el concepto o conceptos retributivos a percibir, que podrán consistir en uno o varios de los previstos en el artículo 217.2 LSC. Como caso concreto (punto que se desarrollará más adelante), cuando el Consejo de Administración nombre a uno o varios consejeros delegados, la determinación de los conceptos retributivos se realizará por contrato,

¹⁴ Ruiz Hidalgo, C., “*La naturaleza jurídica de la retribución de los administradores-socios-trabajadores de una sociedad*”, *Revista Quincena Fiscal*, n.20, 2012, pp.56.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 98/2018, de 26 de febrero de 2018, rec. 3574/2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. 2018\635]. Fecha de la última consulta: 06/03/2022.

que tendrá que celebrarse entre el consejero con funciones ejecutivas y la sociedad (artículo 249 LSC).

- Corresponde a la Junta General establecer el importe máximo de la remuneración anual y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación (artículo 217.3 LSC).
- Corresponde a los administradores, salvo que la Junta indique otra cosa, determinar la distribución de las remuneraciones entre los distintos consejeros, tomando en cuenta las funciones y responsabilidad correspondientes a cada miembro (artículo 217.3 LSC).

2. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LSC RELATIVAS A LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

2.1 Ámbito de aplicación objetivo

El régimen general de la retribución de los administradores sociales viene recogido, entre otros, en el artículo 217.1 de la LSC, a través de una reserva estatutaria. El mismo artículo establece una presunción de gratuidad del cargo, a excepción de que los estatutos indiquen lo contrario, determinando en su caso el sistema de remuneración.

Por ello, para que los administradores puedan percibir una remuneración “en su condición de tales” (artículo 217.2 LSC), los estatutos sociales deberán reflejarlo expresamente, excluyendo la posibilidad de que la Junta General lo determine a su libre albedrío.

Si analizamos esta norma desde una perspectiva del Derecho comparado, el sometimiento a reserva estatutaria es poco común, ya que la mera aprobación por la Junta general es suficiente en la mayoría de países del ámbito europeo¹⁶. Sin embargo, en la normativa española -con la reforma normativa de la legislación mercantil española en 2014- se quiso intensificar la transparencia en los mecanismos retributivos con el fin de proteger el

¹⁶ Curto Polo, M^a.M., “Exigencias formales y modos de retribución de los administradores de las sociedades de capital”; en García Cruces, J.A., (coord.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Tirant, Valencia, 2018, p.26.

interés de los socios “*dada la exigencia de un quorum superior y las garantías formales con las que reviste la modificación de los estatutos*”¹⁷.

Por otro lado, la consecuencia directa de la inobservancia de la reserva estatutaria es la nulidad de pleno derecho. No obstante, reiterados pronunciamientos de nuestros tribunales¹⁸ reconocen la excepcionalidad de la validez de la retribución de los administradores en base al principio de buena fe. De esta forma, la teoría de los actos propios considera que es válida aquella retribución acordada y consentida de modo inequívoco por los socios.

En cuanto a la fijación estatutaria del concreto sistema de retribución, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sus varias sentencias de 13 de noviembre de 2008, más conocidas como “Caso Mahou”¹⁹, estableció la necesidad de que la determinación del carácter retributivo del cargo conste con certeza en los estatutos. En este sentido, se ha de precisar el sistema retributivo concreto, que debe ser claro e inequívoco²⁰, de forma que no genere confusión alguna sobre la retribución del cargo de administrador. La ley ni prohíbe ni impone un sistema retributivo concreto, de forma que puede consistir en cantidades fijas, variables o una combinación de ambas (artículo 217.2 LSC).

Por su parte, la cuantificación de la retribución se rige por el principio de libertad en cuanto a su importe (artículo 217.2 LSC) y a su distribución entre los administradores (artículo 217.3 LSC). En todo caso, como indica el artículo 217.4 LSC, dicha cuantía “*debe guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables*”. En cuanto a su control, el artículo 217.3 indica que será la Junta General,

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 505/2017, de 19 de septiembre de 2017, rec. 390/2015 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079110012017100476]. Fecha de la última consulta: 15/03/2022. FJ: 3º.

¹⁸ *Vid.*, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 412/2013, de 18 de junio de 2013, rec. 365/2011 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079110012013100372]. Fecha de la última consulta: 15/03/2022; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 388/2020, de 23 de julio de 2020, rec. 249/2019, [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079370282020100510]. Fecha de la última consulta: 15/03/2022.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7060/2008, de 13 de noviembre de 2008, rec. 2578/2004 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022008100730]. Fecha de la última consulta: 16/03/2022; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7057/2008, de 13 de noviembre de 2008, rec. 3991/2004 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022008100729]. Fecha de la última consulta: 16/03/2022.

²⁰ STS 7057/2008, *op. cit.*, FJ: 6º.

con carácter imperativo, la que fije el importe máximo de los administradores en su condición de tales. Por último, y salvo que la Junta General apruebe otra cosa, la distribución de la retribución entre los administradores vendrá definido por éstos, teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas, como ya he comentado *supra*.

2.2 Ámbito de aplicación subjetivo (teoría del vínculo)

Desde una perspectiva subjetiva, el objeto cuestión de debate es determinar si la remuneración de los consejeros delegados debe someterse a la reserva estatutaria del 217 LSC por las funciones ejecutivas o solo como resultado de las no ejecutivas. En este sentido, habrá que delimitar si son válidas aquellas remuneraciones que se realizan por las funciones ejecutivas al margen de lo los estatutos. Esta cuestión ha generado gran controversia y ha sido objeto de cambios legislativos, doctrinales y jurisprudenciales y su disyuntiva también se ha trasladado al ámbito fiscal, como se expondrá en el siguiente capítulo.

Para comenzar, el artículo 233 LSC indica que la representación de la sociedad corresponde a los administradores en la forma en la que se determine en los estatutos, pero el apartado 4 incluye la posibilidad de que los mismos atribuyan dicho poder de representación a uno o varios miembros del Consejo (consejeros delegados o ejecutivos). Por ello, si se opta por un sistema de representación mediante el Consejo de Administración, los consejeros pueden clasificarse de dos modos: aquellos administradores en los que se delegan funciones ejecutivas o de gestión de la empresa, llamados consejeros delegados, o aquellos administradores cuyas funciones se reducen a la mera supervisión y deliberación. De esta forma, se entiende que la remuneración de los mismos no quede bajo un único sistema de retribución debido a la disparidad en las tareas.

En cambio, en las formas de organización simple, en las que las funciones ejecutivas y las de liberación y control son inherentes al cargo de administrador y corresponden de forma igualitaria al administrador único, a los solidarios o a los mancomunados, carece de sentido realizar distinción alguna. Es por ello que el trabajo se centra en el Consejo de Administración y en la controversia generada en torno a la figura del consejero delegado,

ya que para los demás modos de organización aplicará el principio de reserva estatutaria en todo caso.

2.2.1 Antes de la reforma de 2014

En un primer momento, bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) de 1951²¹, se abogaba únicamente por la reserva estatutaria (artículo 130 LSA) en la fijación de las retribuciones por las funciones de deliberación y supervisión, permitiendo a su vez la yuxtaposición de una relación de carácter contractual, articulada bajo un contrato de arrendamiento civil, cuando a la figura del consejero se le atribuían también funciones ejecutivas²². Se entendía que dichas funciones ejecutivas no se realizaban en función de administrador, sino de mero gerente, y que por lo tanto la relación del administrador con la sociedad por dichas tareas era diferente.

Esta línea de pensamiento fue seguida por reconocidos tratadistas como Garrigues o Paz-Ares que fueron grandes defensores de la teoría de la compatibilidad. Garrigues entendía que el requisito imprescindible era que el consejero estuviera “*ligado con la sociedad con un contrato de servicios profesionales en razón de las especiales funciones que le hubieran encomendado*”²³. Paz Ares²⁴ hablaba de la distinción entre gestión de la sociedad -cometido del administrador y retribuido bajo los términos del artículo 130 (reserva estatutaria)- y la gestión de la empresa, tarea propia de los gerentes, dentro del ámbito de la libre contratación. No obstante, otra parte de la doctrina criticaba el hecho de que un administrador pudiera reunir ambas condiciones bajo dos tipos de contrato (societario y contractual) y con dos retribuciones diferentes, cuando realizaba funciones que de facto resultaban de difícil deslinde.

²¹ Ley 17/1951, de 17 de julio, sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas (BOE 18 de julio de 1951).

²² Tovar Rocamora, J., “De la teoría del vínculo y la exclusión de laboralidad”, *Estado de la teoría del vínculo tras la entrada en vigor de ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo*, p. 3, 2015 (disponible en <https://forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/ESTADO-DE-LA-TEORIA-DEL-VINCULO-TRAS-LA-LEY-31-2014-Juan-Jose-Tovar-Rocamora.pdf>; última consulta 06/03/2022)

²³ Paz-Ares C., “El enigma de la retribución de los administradores ejecutivos”, *Revista para el análisis del derecho*, n.1, 2008, p.11, en referencia a Garrigues, J. y R. Uría., *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 1976, p.93

²⁴ Paz-Ares C., “El enigma de la retribución... *op.cit.*”, p.11.

Con la aprobación del ET y el RD de Alta Dirección, comienza una segunda etapa de esta teoría. Aunque parte de la jurisprudencia aún seguía abogando por la concurrencia de contratos, la gran novedad fue que el contrato civil pasaría a revestir la forma de contrato laboral de personal de alta dirección. La jurisdicción social, bajo la llamada “teoría Funcional” siguió aceptando la compatibilidad, sentenciando que “*en una misma persona pueden coincidir las cualidades de consejero puro o simple... y trabajador común o sometido a una relación laboral de alta dirección*”²⁵.

Sin embargo, los tribunales no tardarían en calificar esta práctica de fraudulenta y bajo la necesidad de evitar la autocontratación de la sociedad que se venía observando como práctica habitual, se cimentó la conocida teoría del vínculo.

Así, el 29 de septiembre de 1988 la Sala 6º del Tribunal Supremo (sentencia “Huarte”)²⁶ da un giro a la interpretación que se venía percibiendo anteriormente por la doctrina y jurisprudencia y que supuso un punto de inflexión en el debate. El alto Tribunal se desvía de la concepción de la doble relación orgánica y contractual del administrador con la sociedad hacía la postura que defendía la existencia de un único vínculo jurídico.

En este caso, el orden jurisdiccional civil se declara incompetente para conocer una serie de reclamaciones que planteaba un administrador que era a su vez alto directivo. A tenor de esta sentencia y siguientes resoluciones, los fundamentos jurídicos de la teoría del vínculo podrían resumirse en los siguientes puntos:

- El TS argumenta que no hay que centrarse exclusivamente en las funciones, sino en la naturaleza del vínculo que tiene el sujeto que las realiza.
- Para que pueda determinarse la existencia de una relación laboral, dichas funciones deben ser desarrolladas por un trabajador y no por un consejero en el desempeño de su cargo²⁷ ya que para gozar de la protección laboral hay que cumplir los requisitos de ajenidad y dependencia, como sentencia el TS²⁸: “no

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 17440/1990, de 25 de octubre de 1990, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079140011990102182]. Fecha de la última consulta: 16/03/2022. FJ:2º.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6635/1988, de 29 de septiembre de 1988, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 1988\7143]. Fecha de la última consulta 17/03/2022.

²⁷ Sala Franco, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Rústica Editorial, Bilbao, 1990, p.32.

²⁸ STS 6635/1988, *op. cit.*, FJ 2º.

concorre ninguna de las características de la relación laboral, tal como la define el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

- La exclusión incluida en el artículo 1.3 c) ET tiene un alcance general. En este orden de cosas, el Tribunal comprende inherentes al cargo todas las funciones que el derecho mercantil otorga al administrador, incluyendo tanto las funciones deliberativas y de control, como las de carácter ejecutivo. Por tanto, en base a lo recogido en el artículo 1.2 RDPAD, existe una coincidencia entre las funciones propias de la relación laboral de alta dirección y las propias del administrador.

Por ello, bajo la normativa mercantil vigente en aquel momento, hasta la modificación de la LSC en 2014, cuando concurrieran en una misma persona ambas figuras, se entendía que el vínculo mercantil debía ser dominante y por ello absorber a la relación laboral ²⁹. Esto conllevó a que la retribución de dichos consejeros quedara también bajo el principio de reserva estatutaria, logrando mantener el control de los socios sobre la remuneración de todos los administradores, incluidos los ejecutivos. No obstante, bajo esta teoría se excluyeron las relaciones laborales comunes, permitiendo que el consejero recibiera una remuneración por el ejercicio de las funciones de gestión que no fueran de alta dirección. Eso sí, para que existiera un vínculo laboral independiente, debían cumplirse los requisitos de ajenidad y dependencia; interpretación, alejada de la práctica societaria, como ya se ha visto ³⁰.

2.2.2 Tras la reforma de 2014

La excesiva rigidez consecuencia de la imposición estatutaria para todos los tipos de remuneraciones generó la necesidad de un cambio.

En este contexto, en el ámbito europeo, se publica la Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2006, 2009/385/CE en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la que se establece la necesidad de determinar cuáles deberían ser los principios y sistemas que rigiesen las políticas retributivas de los consejeros de la empresas que cotizan en bolsa.

²⁹ Higuera Garrido, A., “Altos directivos y administradores: estado de la cuestión”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 24, 2009, p.86.

³⁰ Ruiz Hidalgo, C., *op.cit.*, p.49.

En el ámbito español, dichas recomendaciones se trasladaron en una reforma que buscaba aumentar la transparencia de los sistemas de retribución de las sociedades cotizadas y la implicación de la Junta General en la determinación de las remuneraciones a consejeros y gestores. La Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo³¹ planteó una reforma que delimitara y diferenciara dos clases de remuneraciones para los administradores, una para aquellos en su “condición de tales” y otra para los que, siendo miembros del Consejo de Administración, también desarrollasen funciones ejecutivas.

Con estas premisas, irrumpe la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se reforma la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo que intenta zanjar la discusión sobre el régimen retributivo de los consejeros delegados, siendo una de las finalidades del legislador superar la teoría del vínculo.³² Cabe mencionar que la nueva Ley estableció un régimen concreto para las sociedades de capital, incluyendo un apartado específico para las sociedades cotizadas.

En aras de solucionar la controversia generada, una de las principales novedades fue la incorporación en el artículo 217 de la nueva LSC de la expresión “*en su condición de tales*”³³, ya que se buscaba definir con mayor claridad en qué situaciones aplicaría la mencionada reserva. Asimismo, se modifica el artículo 249 LSC, y se incluye un nuevo apartado en el que se regula de manera concreta la retribución de los consejeros delegados a través de la obligatoriedad de suscribir un contrato entre el consejero y la sociedad. En este sentido, se intenta acabar con el sistema fraudulento de la autocontratación, ya que en palabras de Desdentado Bonete, gran defensor de la teoría del vínculo, “*era demasiado fácil que un administrador suscribiera con él mismo o con sus compañeros en el órgano de administración, un contrato de trabajo de alta dirección para hacer lo mismo que tiene que hacer como administrador, pero pudiendo pactar unas retribuciones o indemnizaciones que no están autorizadas por los estatutos*”.³⁴ Con este fin, se incrementaron los requisitos legales recogidos en el mismo artículo 249 LSC: el contrato

³¹ Comisión creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

³² Molero Manglano, C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 2011, p.212.

³³ Artículo 217.2 LSC: “*El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes (...)*”.

³⁴ Desdentado Bonete, A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 18.

en cuestión debe ser aprobado por mayoría de 2/3 del Consejo, con abstención del consejero involucrado, y solo se debe referirse a las funciones ejecutivas.

A raíz de esta reforma, la “jurisprudencia menor”³⁵ y sobre todo la llamada “jurisprudencia registral” (la doctrina administrativa constituida por resoluciones de la DGRN), se alejan de la teoría del vínculo. Abogan por la existencia de una dualidad de sistemas normativos excluyentes y regulados por una norma general (artículo 217) y una *lex specialis* (artículo 249), por las que se acercan de nuevo a la teoría de la compatibilidad. Asimismo, reiteran la existencia de dos tipos de administradores.

En esta línea, la DGRN, en materia de retribución, elaboró su propia doctrina ³⁶:

- Los estatutos deben establecer la remuneración de los consejeros por sus funciones deliberativas.
- La retribución por las funciones ejecutivas no debe constar necesariamente en estatutos y no estará sometida a los límites máximos de la Junta, ya que bastará con la firma de un contrato de carácter laboral de alta dirección.

Asimismo, con esta reforma, la interpretación del artículo 1.3 c) queda completada, logrando la armonización jurídica entre ambas normas legales, ET y LSC. En esta línea, la norma mercantil distingue claramente entre funciones (artículo 217 LSC “en su condición de tales” y 249 LSC “por las funciones ejecutivas”), de forma que, por una dicción correlativa del articulado laboral, la exclusión de la laboralidad del artículo 1.3 c) del ET debería solo afectar a los consejeros que no ejercen funciones ejecutivas³⁷.

Superada, aparentemente con la reforma, la teoría del vínculo, se plantea la posibilidad de que el contrato que debe suscribirse con la empresa (recogido en el artículo 249 LSC), se encuadre dentro de la categoría de contrato laboral de alta dirección o común, aunque para ello deban cumplirse los requisitos de ajenidad y dependencia propios de toda

³⁵ Como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 295/2017, de 30 de junio de 2017, rec. 254/2015 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. ES:APB:2017:5446]. Fecha de la última consulta: 20/03/2022.

³⁶ Vid: Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE 21 de julio de 2016).

³⁷ Tovar Rocamora, J., *op. cit.*

relación laboral. En apoyo a esta tesis, la doctrina argumenta que existe dependencia ya que el consejero delegado depende del consejo de administración para la delegación de las funciones y para su revocación; y, a su vez, es este órgano ante el cual debe dar explicaciones de su actuación³⁸. Por su parte, el requisito de ajenidad podría cumplirse siempre y cuando el consejero delegado no poseyera el control efectivo de la sociedad.

No obstante, la estabilidad doctrinal y jurisprudencial no duró el tiempo esperado tras la reforma. El Tribunal Supremo, en la Sentencia 98/2018, de 26 de febrero de 2018³⁹, viene a desmontar la dualidad de los regímenes y vuelve a abogar por la acumulación de los mismos bajo un único vínculo. La sentencia, que actúa en casación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2017 comentada *supra*, es hasta el momento la única que se pronuncia en este sentido por lo que no se ha sentado jurisprudencia aún. No obstante, generó gran inquietud acerca de las consecuencias que podría acarrear ya que tampoco se presentó ningún voto particular en contra.

La sala consideró que los regímenes de los artículos 217 y 249 LSC eran cumulativos o complementarios, y que en ningún caso eran excluyentes. Algunos de los argumentos utilizados por el Tribunal, y rebatidos por doctrina y jurisprudencia posterior, fueron los siguientes⁴⁰:

1. El artículo 217 tiene como título “remuneración de los administradores” y en su primer apartado habla de “cargo de administrador”, por lo que al no hacer mención expresa sobre los consejeros no ejecutivos, no existe una distinción de categorías. De esta forma, la reserva estatutaria recogida sería aplicable a todos los administradores.
2. El Tribunal analiza la dicción literal de la expresión “en su condición de tales” y argumenta que “*los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas*”⁴¹. En este sentido, el hecho de que la normativa permita la delegación de facultades no indica que no sean

³⁸ Ruiz Muñoz, R, “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control”. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, Madrid, 2015, p.870.

³⁹ STS 98/2018, *op. cit.*

⁴⁰ De Osma, L., “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.48, 2018, pp. 146-147.

⁴¹ STS 98/2018, *op. cit.*, FJ: 5º.

inherentes al cargo y lo justifica haciendo mención de la expresión latina: “*Nemo dat quod non habet* [nadie da lo que no tiene]”⁴².

3. Los conceptos retributivos incluidos en el artículo 217.2 LSC (y desarrollados en los artículos 218 y 219) son propios de consejeros delegados por lo que carecería de sentido defender que la expresión “en su condición de tales” no los engloba.
4. Basa otro de sus argumentos en el artículo 249 bis LSC, que excluye del ámbito de delegación del Consejo en sus miembros: “*las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario, y en su caso, de la política de remuneraciones aprobado por la junta general*”. En este sentido, se considera que el hecho de que se hable de “consejeros” en general y se incluya la expresión “*dentro del marco estatutario*” es una clara señal de que la reserva estatutaria aplica a todos los consejeros.
5. El TS basa su cuarta argumento en el artículo 217.3 LSC en el que se recoge que el propio Consejo de Administración debe ser el que determine la distribución de la retribución tomando en cuenta “*las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero*”. De esta forma, la sala entiende que dichas funciones y responsabilidades no son otras que las ejecutivas.
6. El Tribunal también apela a un argumento teológico, indicando que la interpretación seguida por la DGRN y la Audiencia Provincial supone un menoscabo de la finalidad de la reforma que buscaba una mayor transparencia del sistema de retribución. Asimismo, la sala plantea que carece de justificación no aplicar la reserva estatutaria a la retribución de los consejeros delegados cuando es esta la más cuantiosa.

La sentencia finaliza abogando por una mayor flexibilidad, al entender que la referencia que la ley sostiene sobre la posibilidad de que los administradores puedan acordar los sistemas de remuneración y decidir el contenido del contrato a firmar por el consejero delegado “*ha de tener la consecuencia de la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo*”⁴³.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

No obstante, se ha criticado por parte de la doctrina esta teoría. La mayor parte de estos autores no abogan por la exclusión absoluta de la teoría, pero si por un examen caso por caso que permita determinar si pueden convivir de forma paralela ambos vínculos. En este sentido, Molero Manglano se centra en la literalidad de la norma cuando dice que “*no cabe duda de que el legislador del Estatuto de los Trabajadores está contemplando dos tipos de Consejero*”⁴⁴. Por su parte, Sala Franco⁴⁵ cree necesario acudir a la ley y a los estatutos societarios de forma que sean estos los que delimiten cuando pueda darse dicha dualidad.

Se concluye, y en mi opinión muy acertadamente, que las tesis dualistas deberían ser las que terminaran imponiéndose en el futuro, no solo por las graves consecuencias fiscales que explicaremos más adelante, sino también por la pérdida protección laboral que se produce cuando un trabajador de alta dirección pasa a formar parte del Consejo de Administración. Tendría que ser la propia ley la que se adaptase a la praxis con el fin de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, pero hasta entonces, se debería flexibilizar la teoría del vínculo, apelando en cada caso a la normativa actual, al contrato suscrito y a los estatutos, con el fin de poder determinar si realmente puede existir una compatibilidad de vínculos.

En este sentido, la Audiencia Nacional, en la reciente sentencia de 17 de febrero de 2022⁴⁶, ha admitido la deducibilidad de las remuneraciones y la dualidad de funciones. Ha fallado en el sentido del demandante que abogaba por realizar un análisis detallado del contrato de alta dirección; en él se realizaba una clara diferenciación de las funciones ya que, en este caso, las funciones que ejercía como personal de alta dirección eran diferentes a las de administrador (eran funciones meramente deliberativas). Con esta conclusión, se observa cómo los Tribunales están abogando también por otras fórmulas más flexibles que consisten en analizar cada caso concreto en vez de aplicar de forma genérica la teoría del vínculo.

⁴⁴ Molero Manglano, C., *op. cit.*, p. 106.

⁴⁵ Sala Franco, T., *op. cit.*, pp. 29-33.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 874/2022, de 17 de febrero de 2022 rec. 686/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230022022100154]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

CAPITULO III: REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL (LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES)

1. REQUISITOS DE DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS

En el régimen de estimación directa, recogida en el artículo 10.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁴⁷, se considera como renta del periodo impositivo la suma algebraica del importe del resultado contable del ejercicio (determinado por la diferencia entre los ingresos y los gastos generados en el periodo impositivo correspondiente) y las correcciones extracontables que procedan. El resultado contable se determinará tomando en cuenta la normativa incluida en Código de Comercio, en las leyes relativas a la determinación del resultado contable (normativa contable) y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de dichas normas. Por ello, ante la existencia de diferencias entre la normativa fiscal y contable, se realizarán los posteriores ajustes fiscales al resultado contable, tanto positivos como negativos, para así determinar la renta del periodo y finalmente la base imponible del impuesto.

Como punto de partida, la normativa contable ha considerado las retribuciones a los administradores como un gasto⁴⁸. No obstante, se debe analizar cuál es el tratamiento que la legislación fiscal da a los gastos contables, y concretamente a dichas remuneraciones, para entender en qué medida deben realizarse ajustes extracontables posteriores.

En este sentido, según la Agencia Tributaria, son gastos fiscalmente deducibles todos aquellos previstos en la normativa contable, siempre que no estén expresamente excluidos en la normativa fiscal⁴⁹. El artículo 15 de la LIS recoge el elenco de gastos que o bien no se consideran fiscalmente deducibles o que están condicionados a determinados requisitos, y por los cuales será necesario realizar ajustes fiscales al resultado contable (ajuste positivo en este caso). Entre esta lista cerrada de gastos destacamos las letras e) (donativos y liberalidades) y f) (gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento

⁴⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014)

⁴⁸ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), en su consulta núm. 21, de abril de 1995.

⁴⁹ Chico de la Cámara, P., "Impuesto sobre Sociedades I", *Introducción al Sistema Tributario Español*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2020, p. 170.

jurídico) ya que ambos preceptos han generado gran controversia en el ámbito de las remuneraciones a los administradores.

Ahora bien, para que cualquier gasto pueda efectivamente deducirse debe cumplir una serie de requisitos, también delimitados por la Agencia Tributaria: (i) contabilización del gasto y su correlación con los ingresos, (ii) justificación documental y (iii) imputación temporal del gasto.

2. DEDUCIBILIDAD DEL GASTO POR LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

2.1 Evolución previa a la LIS 27/2014

2.1.1 *Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades*

Hasta 2008, no se había planteado tan minuciosamente si las retribuciones de los administradores de las sociedades mercantiles eran deducibles o no. Así mismo, la teoría del vínculo no había trascendido al ámbito tributario hasta que no se dictaron por el Tribunal Supremo las sentencias del “Caso Mahou” de 13 de noviembre de 2008⁵⁰ (dos sentencias que crean jurisprudencia y que recaen en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004). Tomaremos ambos pronunciamientos del Tribunal Supremo como hito inicial de este análisis jurisprudencial.

En estas sentencias, se delibera sobre las condiciones necesarias para determinar la deducibilidad de los gastos derivados de la remuneración de los administradores, bajo la aplicación de la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades⁵¹, el Reglamento aprobado por el RD 2631/1982 y el Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Desde una perspectiva mercantil, en aquel momento el artículo 130 de la LSA de 1951 establecía, como se ha señalado, que la retribución de los administradores debía venir

⁵⁰ Sentencias dictadas el 13 de noviembre de 2008, cuyo Magistrado Poniente fue D. Ángel Aguillo Avilés.

⁵¹ Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 30 de diciembre de 1978).

fijada en los estatutos (exigencia que se mantiene en el artículo 217 de la normativa en vigor). En este sentido, el TS no cuestiona la exigencia de previsión estatutaria pues entiende que *“la cuestión gira en torno a precisar cuándo puede considerarse que dicha retribución parece efectivamente fijada y, por ende, debe considerarse obligatoria”*⁵².

Desde el plano fiscal, en estas sentencias se especificaron los requisitos necesarios para que dicha retribución obtuviera la calificación de gasto deducible:

- Las remuneraciones debían ser gasto necesario para la obtención de ingresos, entendiendo necesario como obligatorio⁵³ (requisito fijado en el artículo 13.ñ) de la Ley 61/1978 que disponía: *“Para la determinación de los rendimientos netos se deducirán (...), entre los que pueden enumerarse los siguientes: ñ) Las participaciones de los administradores en los beneficios de la Entidad, siempre que sean obligatorias por precepto estatutario, (...)”*.
- La remuneración debía venir fijada en los estatutos de forma cierta, negando la deducibilidad de aquellas que vinieran fijadas por la Junta General de Accionistas.

En relación al primer punto, el Tribunal Supremo entiende que *“la obligatoriedad del gasto”* es lo que justifica la deducibilidad del mismo en el Impuesto de Sociedades. En este sentido, señala que *“la previsión estatutaria es la que permite determinar que para la sociedad esa remuneración – y no otra – es obligatoria, o dicho de manera más precisa, que el gasto, de conformidad con el art. 13 de la LIS, puede calificarse como necesario para el ejercicio de la actividad y no – total o parcialmente – como una liberalidad”*.⁵⁴

Por su parte, las sentencias también delimitaron en profundidad el concepto de certeza, indicando cómo debía quedar recogido el sistema de retribución en los estatutos. Consecuentemente, se creó la teoría del milímetro, ratificada por varias sentencias posteriores (entre otras Rec. núm. 6070/2004, Rec. núm. 4002/2004 y Rec. núm. 10315/2003):

⁵² STS 7060/2008, *op. cit.*, FJ: 10º.

⁵³ Rodríguez-Ramos Ladaria, L., “Aspectos fiscales de la retribución de los administradores”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, 2016, S.P.

⁵⁴ STS 7060/2008, *op. cit.*, FJ: 9º.

- Si se optaba por un sistema fijo, no bastaba con prever su existencia y obligatoriedad, sino que era preciso que los estatutos fijaran su cuantía o, al menos, los criterios para determinarla sin ningún margen de discrecionalidad.
- Si se optaba por un sistema variable que consistiera en participación en beneficios de la sociedad *“los estatutos debían determinar concretamente la participación, condicionándose la detracción a la cobertura de determinadas atenciones”*⁵⁵.

En suma, solo en la medida en la que se cumplieran estos requisitos, el gasto tendría la consideración de obligatorio y, por lo tanto, necesario. En caso de que los estatutos omitieran el carácter remunerado del cargo o existiera indefinición en cuanto a su determinación o cuantificación, se presumiría la gratuidad del cargo y la remuneración tendría la consideración de liberalidad⁵⁶, que tenía la consideración de gasto no deducible⁵⁷.

Se puede concluir que el Tribunal Supremo en las sentencias del caso Mahou se muestra más inflexible que la propia LIS de 1978, ya que el artículo 13 permitía la deducibilidad alternativamente cuando viniera fijada estatutariamente o cuando se estableciera por la propia Junta de Accionistas.

Por otro lado, el Tribunal Supremo adopta la teoría del vínculo (cimentada en la sentencia del TS del 29 de septiembre de 1988 y posterior del 26 de febrero 2018). En este sentido, el la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo aboga por un único vínculo y expone que toda la actividad propia de los consejeros estará excluida del ámbito laboral al no concurrir ninguna de las características inherentes a la relación laboral definidas en el artículo 1.1 ET. Se basa en sentencias anteriores para afirmar que las funciones de dirección, gestión y representación de una sociedad son *“las típicas y características de los órganos de administración de la compañía, y las personas que forman parte de los mismos están vinculados a esta por un nexo de clara naturaleza jurídico mercantil”*⁵⁸.

⁵⁵ STS 7057/2008, *op. cit.*, FJ: 6º.

⁵⁶ Castro de Luna, M., “Tratamiento fiscal de las retribuciones percibidas por los administradores y socios de una entidad. Análisis de posibles situaciones: especial consideración a las retribuciones percibidas por los socios de sociedades profesionales”, *Quincena Fiscal*, n.15, 2016, p.2.

⁵⁷ El artículo 14.f) de la Ley 61/1978 incluía como partida no deducible las liberalidades, cualquiera que fuera su denominación exacta.

⁵⁸ STS 7060/2009, *op. cit.*, FJ:13º.

En esta línea, rechaza la dualidad de relaciones cuando el administrador es Consejero Delegado y Director General y reitera de nuevo la necesidad de enfocarse en la propia naturaleza en virtud de la cual se realizan las funciones. Por tanto, aboga por una única relación con la sociedad ya que los Consejeros Delegados, como miembros de del Consejo de Administración, se relacionan a través de un vínculo de naturaleza mercantil y no laboral. Y aclara que, para que existe la concurrencia con una relación laboral de carácter especial, *“no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo..., sino que la efectúe un trabajador..., y no un consejero en ejercicio de su cargo”*.⁵⁹

En esta línea, el Tribunal no cierra la puerta a la posibilidad de que el Consejero pueda desarrollar al mismo tiempo una relación de carácter laboral, pero *“ello solo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trate de desempeñar al mismo tiempo el cargo de consejeros y trabajos de alta dirección dado que en tales casos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa; es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección”*.⁶⁰

Por todo ello, la sala, basándose en la existencia de un único vínculo con la sociedad, entiende que la remuneración de los consejeros que ejercen funciones de carácter ejecutivo también debe constar en cobertura estatutaria ya que, en caso contrario, no podrían considerarse como gasto deducible.

Para concluir, es necesario remarcar que el Tribunal Supremo construyó sus argumentos jurídicos en base a una legislación hoy en día derogada y que enfocaba la cuestión de la remuneración desde una óptica muy distinta. Como se irá explicando, la deducibilidad de los gastos no está actualmente sometida a la mencionada obligatoriedad, siendo solo necesario que el gasto esté correlacionado con los ingresos, que esté correctamente contabilizado y que se encuentre justificado como gasto contable.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

2.1.2 Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades

Como se ha expuesto, bajo la Ley de 1978, para que un gasto fuera deducible, debía tener la consideración de gasto necesario. No obstante, la “necesariedad” y “obligatoriedad” del gasto pronto demostraron la gran problemática interpretativa de la Administración para delimitar la deducción de los gastos, lo que provocó que en la nueva redacción de la Ley de 1995⁶¹ se eliminara este requisito. La nueva norma no recogió ningún concepto de gasto deducible (como había realizado la normativa anterior en el artículo 13) ni más requisitos que la mera inscripción en la contabilidad de la sociedad (artículo 10.3 LIS 1995). De esta forma, todo gasto contabilizado sería fiscalmente deducible, si se cumplían las condiciones y correcciones establecidas. Eso sí, se introdujo un listado de gastos que la ley consideraba no deducibles (artículo 14 de la LIS)⁶².

La decisión del Tribunal Supremo en las sentencias Mahou suscitó dudas sobre las nuevas consecuencias tributarias y la Dirección General de Tributos emitió un informe (DGT 1272/2009), a solicitud del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, donde concretó la situación en base a la nueva normativa vigente (Ley 43/1995). Dicho informe hizo prevalecer la deducibilidad de las retribuciones a efectos fiscales. En esta línea, pasó a admitir que siempre que las retribuciones constaran en los estatutos, aun cuando no se fijaran con certeza, bajo la nueva normativa podrían ser deducibles cumpliendo una serie de requisitos⁶³:

1. El gasto debía calificarse como tal a efectos contables y debía aparecer registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias. A este respecto, señala el Centro Directivo que los gastos por la remuneración de administradores tenían dicha consideración en tanto dichas partidas suponían una disminución del patrimonio neto, cumpliéndose por lo tanto con la definición de “gasto” incluida en el artículo 36

⁶¹ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de diciembre de 1995).

⁶² La LIS de 1995 modifica la normativa sobre la deducibilidad fiscal y no hace mención alguna a las remuneraciones de los administradores en su art. 14 sobre gastos no deducibles.

⁶³ Despacho Uría Menéndez., “Informe de 12 de marzo de 2009 elaborado por la Dirección General de Tributos sobre la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones a los administradores de sociedades mercantiles”, *Circular Uría Menéndez. Derecho Tributario*, 2009, (disponible en <https://www.uria.com/documentos/circulares/184/documento/782/020mayo09.htm?id=782#imagen>; última consulta 13/03/2022).

del vigente Código de Comercio y en el Marco conceptual de la Contabilidad del Nuevo Plan General Contable.

2. La ley no debía establecer un requisito específico que se separase del criterio contable en cuanto a la calificación, valoración o imputación del gasto. En este sentido, y a diferencia de la Ley 61/1978 -que exigía que el gasto fuera necesario para ser deducible fiscalmente-, la nueva normativa no establecía ninguna excepción o requisito para la deducción del gasto.
3. No debía representar una liberalidad. Se excluye de este concepto de forma expresa aquellos “gastos correlacionados con los ingresos”, como es el caso de aquellos ocasionados con el fin de retribuir al administrador de una sociedad.

Por ello, en cierta manera se separa de la doctrina del Tribunal Supremo entendiendo que la remuneración será deducible en todo caso, aunque no se cumplieran *“de forma escrupulosa todos y cada uno de los requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil”*⁶⁴.

Dado que la normativa aplicable en el supuesto que se enjuiciaba en la sentencia Mahou era la Ley 61/1978 y que la nueva Ley de 1995 había flexibilizado los requisitos para la deducibilidad de los gastos, parte de la doctrina y jurisprudencia pensó que el informe había logrado zanjar la problemática⁶⁵. Además, validó la opinión unánime de la doctrina sobre la obligatoriedad de la previsión en estatutos (artículo 130 LSA) para la deducibilidad como gasto. No obstante, dicho informe no realizó mención alguna sobre la teoría del vínculo.

Resulta destacable en este aspecto la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central del 6 de febrero de 2014⁶⁶ en unificación de doctrina. En la resolución enjuiciada, el Tribunal resuelve un supuesto en el que el administrador de una SL ejerce funciones de gerente y en los estatutos se establecía la gratuidad del cargo. En esta sentencia también es de aplicación la Ley 43/1995.

⁶⁴ Informe de la DGT, de 12 de marzo de 2009, sobre la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones de administradores

⁶⁵ Durán-Sindreu Buxadé, A., *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales. Teoría del vínculo*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2015, p. 13.

⁶⁶ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, núm. 0006/2014, de 6 de febrero de 2014.

La resolución zanjó la polémica abierta por las sentencias del Caso Mahou sobre aquellas situaciones en las que el cargo de administrador fuera gratuito, bien por no encontrarse estatutariamente recogido o porque se estableciera concretamente su gratuidad, pero que se remunerara al administrador por las funciones de dirección.

El Tribunal, en línea con las sentencias del caso Mahou, pero esta vez bajo una nueva normativa, apostó por la compatibilidad entre la relación de carácter laboral con las funciones de gerencia y dirección de carácter mercantil del cargo de administrador, siempre y cuando “*las funciones realizadas por razón de la primera fueran distintas de las que se llevan a cabo por razón de la segunda y se trate de una actividad específica diversa*”⁶⁷. En otro caso, existiría incompatibilidad de relaciones (mercantil y laboral), quedando esta última absorbida por la mercantil y solo pudiendo remunerarse el cargo cuando así estuviera establecido estatutariamente.

Por tanto, lo que el TEAC viene a concluir es que se excluye del criterio de no deducibilidad a aquellas remuneraciones recibidas por la prestación de funciones ordinarias o en el marco de una actividad profesional, es decir, bajo un contrato laboral ordinario, ya que estas funciones se consideran distintas a las inherentes al administrador. En caso contrario, en aplicación de la teoría del vínculo, las tareas de alta dirección que pudieran ejercerse quedarían subsumidas bajo la relación de carácter mercantil.

El Tribunal sentenció que las remuneraciones a los administradores por las funciones ejecutivas que no estuvieran estatutariamente recogidas tendrían la consideración de liberalidad y que, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) de la LIS de 1995, no serían deducibles.

No obstante, poco antes del pronunciamiento del TEAC, el Tribunal Supremo, en la sentencia del 2 de enero de 2014, centra esta vez el debate en la legalidad del gasto y desautoriza la conclusión de la DGT ya comentada (informe 1272/2009).

⁶⁷ Resolución del TEAC núm. 0006/2014, *op. cit.*, FJ: 4º.

Las premisas del Tribunal Supremo fueron las siguientes⁶⁸:

1. El marco normativo por el que se rigen las retribuciones se había visto modificado (derogación de la Ley 61/1978 y la aprobación de la Ley 43/1995, vigente en ese momento).
2. Para poder determinar si la variación normativa comportaba *“un paralelo cambio del régimen fiscal atribuible a las retribuciones de los Administradores”*⁶⁹ se debía proceder a una comparativa de ambos marcos normativos.
3. La controversia no radicaba en la contraposición entre el artículo 10.3 de la Ley 43/95 y el artículo 13.º de la ley 61/78, sino directamente en la interpretación del artículo 10.3 de la ley vigente.
4. Este precepto indicaba que, para el cálculo de la base imponible, habrían de realizarse los ajustes necesarios al resultado contable, determinándolos correctamente de acuerdo con la normativa prevista en el Código de Comercio, las leyes relativas a dicha tramitación y las disposiciones que se discuten en desarrollo de dichas normas.
5. La deducibilidad de las retribuciones se rige por las mencionadas normas y por tanto la reforma en la normativa fiscal no afectaría al régimen fiscal de las retribuciones.

Por ello, para el TS, *“la cuestión no se centra en la “necesariedad” del gasto como a veces se pretende, sino en su “legalidad”, que ha de inferirse de las normas que rigen la materia de retribuciones de los administradores en los respectivos textos que las regulan”*⁷⁰.

En este sentido, reprocha el enfoque expuesto por la Dirección General de Tributos y concluye que *“resulta insólito cualquier planteamiento que se aleje de un escrupuloso cumplimiento”*⁷¹ de la legislación mercantil. Por lo tanto, el Tribunal Supremo concluye

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 142/2014, de 2 de enero de 2014, rec. 4269/2021, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022014100020]. Fecha de la última consulta 31/03/2022.

⁶⁹ STS núm. 142/2014, *op.cit.*, FJ: 5º.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

que la deducibilidad del gasto depende de la correcta fijación de la remuneración en los estatutos, pero también del cumplimiento de toda la normativa mercantil.

En el recorrido de los hitos más relevantes, nos encontramos con las sentencias del Tribunal Supremo del 5 de febrero de 2015. En estas sentencias el foco vuelve a recaer en el concepto de liberalidad y tras un repaso de los principales pronunciamientos de la jurisprudencia bajo la vigencia de la Ley 43/1995, el TS expresa que *“no existe inconveniente en calificar de liberalidad no deducible la retribución reconocida al administrador cuando los Estatutos de la sociedad establecen el carácter gratuito del cargo”*⁷².

No obstante, nos encontramos con un voto particular del Magistrado D. José Antonio Montero Fernández que pone de manifiesto su disconformidad y argumenta que se trata de una cuestión de estricta legalidad. Expone que el carácter gratuito de la retribución no podría tener la consideración de liberalidad ya que *“por su propio carácter y naturaleza, una retribución (...) siempre responde a una causa onerosa”*⁷³.

Concluye por tanto que *“la retribución a favor de los administradores que no esté en los Estatutos no es deducible fiscalmente, no porque deba considerarse como una liberalidad, sino porque conforme al Derecho mercantil no cabe retribución que no esté prevista en los Estatutos, por lo que una retribución satisfecha al margen de los Estatutos es contraria a las normas mercantiles”*⁷⁴. Y añade que la *“retribución de los administradores como gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades es una cuestión de estricta legalidad, su examen es un examen de legalidad, de sus Estatutos y del ordenamiento jurídico aplicable a la materia, siguiendo una línea jurisprudencial ya consolidada”*⁷⁵.

⁷² Sentencia del Tribunal Suprema núm. 487/2015, de 5 de febrero de 2015, rec. 2448/2013, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230032015100414]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022, FJ 5º.

⁷³ STS 487/2015, *op. cit.*, Voto Particular.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

2.2 Evolución posterior a la LIS 27/2014

2.2.1 Novedades normativas

El 2014 no solo se modificó la normativa mercantil para la mejora del gobierno corporativo, sino que también se impulsó una reforma fiscal. De esta forma, estos dos grandes cambios legislativos incluyeron una serie de modificaciones en materia de remuneración de los administradores. En el ámbito mercantil, con la reforma de la LSC, se introdujeron dos grandes novedades explicadas *supra*.⁷⁶ En el ámbito fiscal, la aprobación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que entró en vigor el 1 de enero de 2015, concluye la reforma legislativa iniciada con la Ley 43/1995 de 27 de diciembre. En este sentido se introdujeron unas novedades que expondremos a continuación.

En primer lugar, la redacción del artículo 10.3 (que mejora sustancialmente el texto de la norma anterior de la LIS de 1995⁷⁷), indica que la base imponible se determinará a partir del resultado contable. Por tanto, serán las normas mercantiles las que indiquen la renta que estará sometida a tributación, sin perjuicio de que proceda realizar algún ajuste fiscal posterior como resultado de una diferencia entre la normativa contable y fiscal.

Por otro lado, ya la Ley 43/1995 se alejó del concepto de “gasto necesario” como desencadenante de su deducibilidad. La LIS, como ya se ha expuesto, contempla tres requisitos para que un gasto se considere deducible. De esta forma, el nuevo criterio se enfocó en que el gasto debía estar vinculado a la obtención de ingresos. Por lo tanto, y en principio, las remuneraciones de los administradores tendrán la consideración de gasto deducible en el IS, si estando contablemente registradas como gastos, además están correlacionadas con la obtención de ingresos con la sociedad y no están específicamente excluidas como no deducibles.

En línea con el debate que ya había surgido en torno a los conceptos de liberalidad y legalidad del gasto, con la reforma de 2014, el artículo 15.e) excluye explícitamente del

⁷⁶ *Vid.* Capítulo II apartado 2.2.2

⁷⁷ Estructura y separa los métodos de determinación de la base imponible: directa, indirecta e incorpora el de estimación objetiva (art. 10.4 de la LIS de 2015).

concepto de donativos y liberalidades las retribuciones a los administradores “*por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrario laboral con la entidad*”. Según Gloria Marín Benítez se aclara que “*no serán liberalidades no deducibles aquellas retribuciones por las funciones ejecutivas del administrador, bien por ser funciones propias de alta dirección, en cuyo caso, según la teoría del vínculo, la relación sería mercantil, o bien por ser funciones propias de una relación laboral ordinaria*”⁷⁸.

En definitiva, se podría sustraer de la nueva redacción que las cuantías satisfechas por funciones de alta dirección son en todo caso deducibles, aunque esté previsto el carácter gratuito del cargo en los estatutos. No obstante, una vez más, esta interpretación ha sido cuestionada por jurisprudencia y doctrina administrativa.

En este sentido, parece que la ley tributaria quiere seguir los pasos de la reforma mercantil, por cuanto la LSC solo establece una reserva estatutaria para las retribuciones de los administradores en su *condición como tales*, planteando la existencia de otras retribuciones diferentes a las de mero administrador. Por ello, se podría interpretar como un intento del legislador fiscal de mitigar las consecuencias de la “teoría del vínculo”, intentando resolver en el ámbito fiscal la problemática existente en el ámbito mercantil⁷⁹.

Por otro lado, con la reforma se introduce un nuevo gasto no deducible en el artículo 15.f), relativo a las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. El anteproyecto de Ley 27/2014 pretendía una redacción más precisa de este apartado, excluyendo “los gastos derivados de actuaciones ilícitas”. No obstante, la modificación de la expresión ha generado un contenido más abierto que ha llevado tanto a la jurisprudencia como a la doctrina a ir interpretando su aplicación caso a caso. Concretamente, se ha venido discutiendo si puede y debe aplicarse también a aquellos supuestos en los que se remuneraba a los administradores sin previsión estatutaria.

⁷⁸ Marín Benítez, G., “El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las leyes 27/2014 31/2014”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, p. 115 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4622/documento/f07.pdf?id=5774> ; última consulta 20/02/2022).

⁷⁹ Arieta Villareal, P., “Nueva vuelta de tuerca a la retribución de los administradores”, *BK Seain*, (disponible en <https://www.seain.es/info/wp-content/uploads/Mas-sobre-la-retribucion-de-los-Administradores.pdf>; última consulta 03/04/2022).

No obstante, las dos nuevas modificaciones en el texto del artículo 15 no han resuelto la problemática que se venía observando en el ámbito fiscal. Como ya se ha comentado, no supone ninguna novedad que las funciones derivadas de un contrato de carácter laboral ordinario no tengan la consideración de liberalidad y que, por lo tanto, sean gasto deducible, al margen de los requisitos del artículo 217 LSC⁸⁰. Por su parte, en relación a “las retribuciones de los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección” podría parecer que queda vía libre para considerarlas como gasto deducible siempre y cuando cumplieran con el resto de requisitos incluidos en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

La jurisprudencia mayoritaria se ha apartado de esta óptica, realizando dos interpretaciones: calificando estas remuneraciones de liberalidades en base a la teoría del vínculo u optando por aplicar el 15.f) al tratarse de una cuestión de legalidad. Pero como se observa, ni en un caso ni en el otro ha permitido con carácter general deducir las remuneraciones de los consejeros que no vinieran recogidas estatutariamente, a pesar de la literalidad de la norma.

En este sentido, se delimitará en primer lugar cuál ha sido la interpretación de la DGT en este aspecto, para finalmente analizar los pronunciamientos de los tribunales, en concreto el TEAC y las distintas sentencias del Tribunal Supremo.

2.2.2 Interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina administrativa

En un primer momento, aunque los pronunciamientos de la DGT eran ciertamente ambiguos, parecían estar en línea con la interpretación literal del artículo 15 e), que buscaba proteger la deducibilidad de los pagos realizados por funciones de alta dirección o encuadrados en una relación laboral ordinaria. Así mismo, no se planteaba la posibilidad de acudir al artículo 15 f), calificándolos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico cuando se realizaran pagos sin cobertura estatutaria. En este sentido, consultas como la V5138-16⁸¹ o la V1417-19⁸² indicaron que siempre que se cumplieran los tres

⁸⁰Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante de 28 de febrero de 2014, V0441-14; Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 26 de mayo de 2015, V1613-15.

⁸¹ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 28 de noviembre de 2016, V5138-16.

⁸² Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 12 de junio de 2019, V1417-19.

requisitos ya mencionados, dichas remuneraciones (las de alta dirección y laborales de carácter ordinario) debían considerarse como gasto deducible.

No obstante, en la reciente consulta V2176-19, la DGT sí que ha realizado una mención expresa al *“cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas, tanto a efectos mercantiles y laborales, respectivamente, como en lo que respecta a los requisitos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo y justificación”*⁸³. En la consulta se plantea la deducibilidad en el IS de las nóminas percibidas por los socios, tanto en calidad de trabajador como por el cargo de administrador. En este caso se hace hincapié en el cumplimiento de la normativa mercantil y laboral. Aunque no menciona de forma expresa el artículo 15.f), con esta consulta se plantea de forma indirecta la restricción de la deducibilidad por tener la consideración de gasto contrario al ordenamiento.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado y ha interpretado la problemática retributiva bajo la nueva normativa. En primer lugar, cabe mencionar la ya explicada sentencia del Tribunal Supremo del 26 de febrero de 2018; aunque esta versa especialmente sobre cuáles son las obligaciones que en materia mercantil se deben cumplir, ha impactado también en el ámbito fiscal en relación a la Teoría del vínculo. Recordemos que, tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, la interpretación sostenida mayoritariamente por la Dirección General de Registros y del Notariado, así como por una parte de la doctrina mercantil, fue la de abogar por la *“doctrina dualista”*.⁸⁴ En este sentido, se apoyaron en la interpretación literal del nuevo precepto que incorporaba la mención de *“en su condición de tales”*.

Pues bien, 4 años después de la reforma, el TS vino a desmontar la dualidad de regímenes y se inclinó por la acumulación de normas, de modo que toda remuneración a administradores debía cumplir con las obligaciones incluidas en la normativa mercantil (mención estatutaria y aprobación del contrato correspondiente adicionalmente para los consejeros ejecutivos).

Bajo las premisas de la sentencia, y en consonancia con las Sentencias Mahou y posteriores del TEAC (como la ya comentada del 6 de febrero de 2014), aunque la norma

⁸³ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 14 de agosto de 2019, V2176-19.

⁸⁴ *Vid* Capítulo II apartado 2.2.2 p.32.

fiscal había incluido una mención especial sobre la no deducibilidad por funciones ejecutivas en el apartado e) con el fin de acabar con la Teoría del vínculo, la realidad fue muy distinta. La jurisprudencia abogó por entender que las retribuciones por dichas funciones también debían estar recogidas estatutariamente para ser deducibles en el IS y, en este sentido, se plantearon dos enfoques en base a la nueva normativa:

- Por un lado, cualquier retribución (exceptuando las procedentes de una relación laboral de carácter ordinario) no prevista en los estatutos no sería deducible ya que tendría la consideración de actuación contraria al ordenamiento jurídico. Esta visión fue secundada por el TEAC en su reciente resolución del 17 de julio de 2020⁸⁵ (en línea con la resolución del mismo tribunal del 8 de octubre de 2019) y se comentará a continuación.
- La segunda⁸⁶, que sería entender -en virtud del principio de especialidad normativa- que debería aplicarse el apartado e) con prioridad al apartado f), al tratarse de una norma más concreta. Asimismo, y avalado por algunas interpretaciones de la Dirección General de Tributos (entre otras, la consulta V4080-15⁸⁷), el artículo 15.f) no estaría pensado para poder ser de aplicación en este contexto; tesis secundada por la más reciente sentencia del TS del 8 de febrero de 2021.

Pues bien, la resolución del TEAC de 17 de julio de 2020 donde la cuestión que se plantea es si la retribución satisfecha a dos administradores en virtud de un contrato de trabajo es deducible en el IS, si los estatutos establecen que el cargo de administrador es gratuito. En este caso, nos encontramos con periodos impositivos que se encuentran bajo la normativa anterior, mientras que otros pagos fueron satisfechos bajo la nueva normativa. Por ello, el Tribunal comienza realizando un análisis evolutivo de la jurisprudencia, especificando cuáles fueron los pronunciamientos basados en la normativa ya derogada y finaliza incluyendo su interpretación bajo la luz de la ley actual.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central núm. 3156/2019, de 17 de julio de 2020, rec. 3574/2017 [versión electrónica – base de datos DYCTEA]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

⁸⁶ González Sánchez, M., “La deducibilidad fiscal de la remuneración de administradores tras las STS de 26 de febrero de 2018” *Periscopio Fiscal y Legal*, 2018 (disponible en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-deducibilidad-fiscal-de-la-remuneracion-de-administradores-tras-la-sts-de-26-febrero-2018/>; última consulta 13/03/2022).

⁸⁷ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 21 de diciembre de 2015, V4080-15.

Por un lado, el TEAC entiende que bajo la LIS 1978, LIS 1995 y TRLIS 2004, y en línea con doctrina reiterada del TEAC (resolución 6 de febrero de 2014 ya comentada), las remuneraciones efectuadas a los administradores por las funciones de gerencia o dirección, cuando los estatutos establecieran su carácter gratuito, no serían deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades. Aplica la Teoría del vínculo, ya que aboga por un “tratamiento unitario”, de modo que dichas funciones quedarían subsumidas por las funciones que prestan por sus obligaciones mercantiles como administradores.

Por su parte, como aclaró el TEAC en 2014, ya concibió la dualidad de relaciones cuando se trataba de funciones ordinarias o profesionales. No obstante, hace mención a dos sentencias del Tribunal Supremo (17/04/2015 y 26/02/2018), donde la Sala de lo Civil argumenta que para que fuera justificable la remuneración en estas situaciones -aun cuando los estatutos dispusieran su carácter gratuito-, se debería probar la concurrencia del *“elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria”*⁸⁸. Por ello, debían quedar claramente definidas las funciones atribuidas en función de un contrato laboral ordinario de carácter no ejecutivo ya que en caso contrario se asumirían incluidas dentro de la relación de carácter mercantil.

En este sentido, expone un caso que en su tenor parece exagerado pero que resulta ilustrativo: si una sociedad paga a un consejero, que además de tener tal condición es conserje, cabe concluir que dichas tareas no forman parte de las propias de administrador. También compatibiliza la prestación de servicios profesionales, como pudiera ser la de un abogado con la figura de administrador.

Por otro lado, expone que la consecuencia directa de que los estatutos no recogieran el carácter remunerado de las retribuciones en un primer momento fue la no deducibilidad por tener la consideración de liberalidades (artículo 14.1.e del Real Decreto Legislativo 4/2004). No obstante, argumenta que más tarde que “con un criterio ciertamente más

⁸⁸ Sentencia del TEAC, núm. 3156/2019, *op. cit.*, FJ: 5º.

sólido”, como ha avalado ya el Tribunal Supremo (sentencia del 11 de febrero de 2020), los pagos no tendrían la consideración de deducibles por ser realizados en contravención del ordenamiento mercantil, con asiento en lo dispuesto por el artículo 10.3 del Texto Refundido⁸⁹. Por lo tanto, *“para ser fiscalmente deducibles las cantidades que una sociedad pudiera pagar a sus administradores o consejeros, tal posibilidad de abonar tales retribuciones debería constar expresamente en los estatutos de esa sociedad, en los que -ex art- 217 del T.R LSC en su redacción original, debía estar establecido el correspondiente sistema de retribución, debiéndose además cumplir todo lo que la normativa mercantil disponía en relaciones a tales retribuciones⁹⁰”*.

Por su parte, el TEAC procede a interpretar las consecuencias bajo la Ley 27/2014:⁹¹

- Interpretación artículo 15.e) LIS: realizando un análisis sintáctico del propio articulado, expone que se excluyen del concepto de liberalidad las remuneraciones a administradores en dos supuestos que vienen claramente separados por una coma [,]: 1) por el desempeño de funciones de alta dirección; 2) por el desempeño de otras funciones que deriven de un contrato laboral con la entidad. Consecuentemente, el TEAC interpreta que solo derivan de un contrato laboral “otras funciones” excluyendo así al desempeño de las funciones de alta dirección. Aunque no especifica las razones de su interpretación, si esta no fuera la concepción, se estaría admitiendo que la propia normativa permite la simultaneidad de relaciones, tesis contraria a la doctrina del vínculo y al TEAC. Para finalizar, expone que, no siendo una novedad, ya se ha venido admitiendo que el desempeño de otras funciones derivadas de un contrato laboral tenga la consideración de gasto deducible.
- El TEAC interpreta que, si bien no cabe negar la deducibilidad de los gastos por remuneraciones de alta dirección como liberalidades, debe en todo caso integrarse con la normativa fiscal que *“jamás ha permitido la deducibilidad fiscal de los gastos que vulneren el ordenamiento jurídico en su conjunto”*. No obstante, el TEAC no se para a delimitar qué se entiende por gasto contrario al ordenamiento

⁸⁹ El artículo 10.3 de la TRLIS 2004 recoge el método de estimación directa.

⁹⁰ Sentencia del TEAC, núm. 3156/2019, *op cit.*, FJ: 5º.

⁹¹ *Ibid*, FJ: 6º.

jurídico, por lo que suscita dudas en torno a los casos en los que debe aplicarse el artículo 15.f).

En este sentido, y trayendo a colación el punto anterior, solo sería de aplicación el artículo 15.e) en aquellos casos en los que, de forma cierta y sin margen de duda, se realizaran pagos por funciones que estuvieran fuera del ámbito de gestión, administración y representación y no existiera mención estatutaria o esta estipulara su carácter gratuito.

Prosigue realizando un análisis interpretativo de los artículos 217 y 249 introducidos con la última reforma de la normativa mercantil. Por un lado, critica la interpretación realizada por la Dirección General de los Registros y el Notariado ya comentada, que entendía que aunque los estatutos recogieran el carácter gratuito de las funciones ejecutivas, podrían seguir deduciéndose estas cuantías si se regulaba de forma autónoma mediante un contrato aprobado por el Consejo (artículo 249 LSC).

Sin embargo, como indica el TEAC, esta concepción fue rechazada por la sentencia del 26 de febrero de 2018, que si no se volverá a analizar, cabe destacar que se negó cualquier posibilidad de deducir las remuneraciones cuando el cargo fuera gratuito. Por ende, cualquier pacto existente que remunerase el cargo de consejero ejecutivo cuando los estatutos establecieran su carácter gratuito *“sería un pacto entre esas dos partes que iría en contra de lo dispuesto en el artículo 217 del TR de la LSC y en los estatutos, en suma un pacto contrario al ordenamiento⁹²”*.

El TEAC finaliza exponiendo que para que la retribución de los administradores (incluyendo los ejecutivos) sea deducible deben cumplirse cuatro niveles de requisitos, que según la repetida sentencia del 26/2/2018, vienen recogidos en el artículo 217 LSC, (además de los previstos en los preceptos 218 y 219)⁹³:

1. Razonabilidad: las remuneraciones deben ser razonables en función de la importancia de la sociedad, su situación económica y las retribuciones que satisfagan empresas similares o comparables.
2. Previsión estatutaria: deben establecer el carácter gratuito o remunerado, fijando en este último caso el sistema de retribución concreto.

⁹² *Id.*

⁹³ *Ibid.* FJ: 7º.

3. Acuerdos de la Junta General, que deben determinar el importe máximo posible a remunerar anualmente.
4. Las decisiones de los propios administradores en cuanto a la distribución de la retribución global, en su caso.

No habiendo sido cuestión de análisis, el TEAC ya se pronunció en el mismo sentido en la resolución del 8 de octubre de 2019, aunque de forma menos precisa. Por ende, al existir dos resoluciones del TEAC, existe una reiteración de criterio, convirtiéndose por tanto en vinculante para la administración. Podría parecer que, con esta resolución, queda por fin cerrada la cuestión de la deducibilidad de las remuneraciones. No obstante, como se ha comentado *supra*, el TEAC se olvidó [y parece que quiso olvidarse], de realizar una interpretación más exhaustiva de en qué casos concretos podría considerarse el gasto contrario al ordenamiento jurídico. En este sentido, el Supremo, si bien no vuelve a inmiscuirse directamente en la materia retributiva, vislumbra la interpretación que ha de realizarse en torno al artículo 15.f).

En relación con ello, el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar, pero esta vez sobre los intereses de demora. La sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 2021 resuelve la cuestión presentada con carácter casacional sobre si los intereses en cuestión son deducibles en el IS. El pronunciamiento del Tribunal es relevante para nuestro análisis, ya que se centró en determinar, de forma clara y definitiva, que deben evitarse interpretaciones extensivas de la idea que está detrás de la expresión actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

En esta sentencia, si bien no hace una referencia expresa a las remuneraciones de los administradores, aclara que no puede subsumirse cualquier incumplimiento bajo el concepto de actuaciones contrarias ya que esto conduciría a soluciones “claramente insatisfactorias”. En este sentido, se debe interpretar de forma restrictiva, porque bajo su parecer “*esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, vg. sobornos y otras conductas similares*”⁹⁴.

⁹⁴ STS núm. 150/2021, *op. cit.*, FJ: 3º.

Una vez más, cuando parecía vislumbrarse una interpretación que podría perdurar, el Tribunal Supremo la ha puesto en tela de duda. De esta forma, no cabría apelar al artículo 15.f) en estos supuestos. Ahora bien, otra cosa sería considerar la retribución desproporcionada con respecto a los beneficios generados por la sociedad. En este sentido, el SAP Barcelona de 17 de abril de 2018⁹⁵, declara la nulidad de la retribución del administrador, calificándola como abusiva por ser desorbitada. Así, como indica Carmen Márquez⁹⁶, el alcance de la expresión incluida en el artículo 15.f) se puede determinar con referencia al Código Civil (artículo 6.3) y en materia de obligaciones y contratos (artículo 1255), que establecen la nulidad de los actos contrarios a la normativa. De esta forma “*los gastos de hecho ilícitos no deben tener trascendencia fiscal*”⁹⁷. Otra parte de la doctrina, como Ramón Falcón y Tella entienden que, en base al principio de calificación tributaria (recogido en el artículo 13 de la LGT), que establece la irrelevancia fiscal, un gasto no puede tener la consideración de no deducible por la falta de validez de los negocios jurídicos que lo comporta, cuando dicha remuneración tenga la consideración de gasto contable⁹⁸. Una vez más las, opiniones son dispares.

No obstante, y a modo de cierre, resulta interesante comentar dos pronunciamientos recientes de la Audiencia Nacional que podrían darnos algo de confianza sobre posibles cambios en la materia.

Y es que, el pasado 16 de febrero de 2022, la Audiencia Nacional⁹⁹ dictó sentencia en la que establecía que un determinado acuerdo (que no fuera contrario al ordenamiento público) que no se había impugnado en plazo, quedaba convalidado¹⁰⁰. Pues bien, se remite a la jurisprudencia propia del Tribunal Supremo para indicar el concepto propio de “contrario al orden público”, debiendo aplicarse de forma restrictiva y quedando

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 748/2019, de 17 de abril de 2019, rec. 1616/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 08019370152019100714]. Fecha de la última consulta: 01/04/2022.

⁹⁶ Márquez Sillero C. y Márquez Márquez A., “Tratamiento tributario de los gastos por atenciones a clientes o proveedores y de promoción. Los gastos ilícitos: el artículo 15. Letras e) y f) de la ley 27/2014, del 27 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de Sociedades”, *Revista Quincena Fiscal*, n. 4, 2017, SP.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Falcón y Tella, R., “La abstracción tributaria de la causa y la presunción de validez de los actos o negocios gravados”, *Revista Quincenal*, núm.8, 2010, pp.7-10.

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 558/2022, de 16 de febrero de 2022, rec. 703/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230022022100087]. Fecha de la última consulta: 31/04/2022.

¹⁰⁰ *Ibid.* FJ. 3º.

reservado “a los supuestos en los que la adopción del acuerdo hubiera conllevado una vulneración de derechos reconocidos en la Constitución que se proyectan en el ámbito societario; a los casos en que los acuerdos sean constitutivos de delito; y los que contradigan los principios esenciales y configuradores del derecho societario”.¹⁰¹ De este modo, si no nos encontramos ante un acuerdo contrario al orden público, “su posible ilegalidad quedaría convalidada o subsanada, por lo que debe entenderse que estamos ante un gasto deducible”¹⁰², al no ser propiamente una “actuación contraria al ordenamiento jurídico”. En este supuesto existía un acuerdo sobre la remuneración pero nada impide que se aplica la lógica seguida en este supuesto en otros casos similares.

Y finalmente, y en relación a la aplicación de la teoría del vínculo en el ámbito fiscal, cabe mencionar la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2021¹⁰³, que trata las consecuencias fiscales en el IPRF de la remuneración de los administradores en una sociedad unipersonal. En este caso, permite aplicar la exención por despido a la administradora de una sociedad que antes había estado vinculada a la empresa por una relación laboral especial de alta dirección. La Audiencia Nacional sienta su decisión en el carácter unipersonal de la sociedad y en la limitada autonomía de gestión del órgano de administración.¹⁰⁴ Es así como en este supuesto se aleja de la teoría del vínculo, lo que podría indicarnos, si somos muy optimistas, que las consecuencias podrían ser extrapolables al Impuesto sobre Sociedades, aunque el principio de estancamiento fiscal permite que se lleven valoraciones distintas para cada tributo¹⁰⁵. Ahora bien, como ha venido reiterando el Tribunal Supremo, este principio no es absoluto, debiendo atender a cada supuesto en concreto¹⁰⁶. Esperemos que en este caso la decisión trascienda del ámbito del IPRF.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² STAN, núm. 558/2022, *op.cit.*, FJ: 5°.

¹⁰³ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1789/2021, de 21 de abril de 2021, rec. 602/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230042021100133]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6174/2013, de 9 de diciembre de 2013, rec. 5712/2022 [versión electrónica – base de datos CENDOJ 28079130022013101057]. Fecha última consulta: 01/04/2022.

¹⁰⁶ *Id.*

CONCLUSIÓN

Tras realizar un exhaustivo análisis de la materia en cuestión, desde un punto de vista mercantil y fiscal, podemos concluir que el tema aún no se ha resuelto y parece estar lejos de hacerlo.

En el ámbito mercantil, todavía no se ha zanjado la polémica en torno a la teoría del vínculo aunque, como se ha expuesto, en los últimos tiempos se ha venido flexibilizando. No obstante, esta problemática se ha trasladado al ámbito fiscal, teniendo consecuencias negativas para la sociedad que remunera a los administradores que ejercen funciones ejecutivas y en las que no existe previsión estatutaria.

Ahora bien, de todo lo expuesto podemos diferenciar finalmente tres escenarios:

- Remuneraciones por las funciones deliberativas: deben realizarse conforme a los estatutos, de modo que si no existe previsión alguna o se establece que el cargo es gratuito y finalmente se remunera, el importe sería en principio gasto no deducible en el IS.
- Remuneraciones por el ejercicio de funciones a través de una relación laboral común: la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de que se retribuyan aunque no estén recogidas estatutariamente.
- Remuneración conjunta por el ejercicio de funciones deliberativas y ejecutivas (consejero delegado): aquí es donde ha surgido la mayor controversia, ya que en base a la teoría del vínculo, la obligación de previsión estatutaria afectaría a la remuneración de todas las funciones.

En este sentido, a lo largo de los años, el debate también se ha centrado en determinar si en estos casos el gasto no sería deducible por tratarse de una cuestión de liberalidad (artículo 15.e) o de legalidad (art. 15 f).

Aunque parecía que la última sentencia del TEAC podría haber aclarado la situación (tanto bajo la normativa actual como bajo la anterior), negando la deducción de estos gastos -al amparo del apartado f) del citado art 15 de la LIS-, el TS ha vuelto a

pronunciarse para negar la posibilidad de hacer un uso extensivo del concepto de “actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”.

Así mismo, tampoco parece acertado interpretarlos como meras liberalidades, ya que en base al principio de correlación de ingresos y gastos y como bien afirma Durán-Sindreu Buxadé¹⁰⁷, existe una equivalencia de prestaciones, de forma que el valor de los servicios que el administrador presta es equiparable al importe por el que se le remunera (onerosidad). Por ello, desde mi perspectiva, las remuneraciones que se pudieran pagar al margen de los estatutos, deberían tener la consideración de gasto deducible, siempre que se cumplieran el resto de requisitos fiscales. En mi opinión, quizá un poco ‘utópica’, el legislador debería llevar a cabo otra reforma, que estuviera focalizada en solucionar la controversia generada en esta materia, pero sin dar lugar de nuevo a interpretaciones contradictorias, tal y como ocurrió tras las reformas de 2014.

No obstante, siendo conscientes de la incertidumbre existente y de los retrasos en los tribunales, se prevé otra larga etapa conflictiva. Ante una eventual actuación inspectora de la Administración y con el fin de evitar posibles regularizaciones con cuotas, sanciones y pagos por intereses de demora, lo más prudente sería llevar a cabo acciones de carácter preventivo: i) revisar los Estatutos con el objetivo de asegurar que recogen el carácter retribuido del administrador por todas sus funciones, ii) delimitar estatutariamente las distintas funciones, de forma que se diferencien las ejecutivas de las meramente deliberativas iii) y, finalmente, formalizar el correspondiente contrato con la sociedad, aprobado por el Consejo en los términos que recoge la normativa mercantil.

¹⁰⁷ Durán-Sindreu Buxadé, A., *Fiscalidad de la... op. cit.*, p.31.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN CITADA

LEGISLACIÓN MERCANTIL

Ley 17/1951, de 17 de julio, sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas (BOE 18 de julio de 1951).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se reforma la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE 31 de julio de 1996).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010).

LEGISLACIÓN LABORAL

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE 12 de agosto de 1985).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015).

LEGISLACIÓN FISCAL

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29 de noviembre de 2006)

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de diciembre de 1995).

Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 30 de diciembre de 1978).

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA CITADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Suprema núm. 487/2015, de 5 de febrero de 2015, rec. 2448/2013, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230032015100414]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 142/2014, de 2 de enero de 2014 , rec. 4269/2021, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022014100020]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 17440/1990, de 25 de octubre de 1990, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079140011990102182]. Fecha de la última consulta: 16/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 412/2013, de 18 de junio de 2013, rec. 365/2011 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079110012013100372]. Fecha de la última consulta: 15/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 505/2017, de 19 de septiembre de 2017, rec. 390/2015 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079110012017100476]. Fecha de la última consulta: 15/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5640/1989, de 23 de octubre de 1989 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079140011989100429]. Fecha de la última consulta: 03/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6174/2013, de 9 de diciembre de 2013, rec. 5712/2022 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022013101057]. Fecha última consulta: 01/04/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6635/1988, de 29 de septiembre de 1988, [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 1988\7143]. Fecha de la última consulta 17/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7057/2008, de 13 de noviembre de 2008, rec. 3991/2004 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022008100729]. Fecha de la última consulta: 16/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7060/2008 , de 13 de noviembre de 2008, rec. 2578/2004 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079130022008100730]. Fecha de la última consulta: 16/03/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 98/2018, de 26 de febrero de 2018, rec. 3574/2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. 2018\635]. Fecha de la última consulta: 06/03/2022.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1789/2021, de 21 de abril de 2021, rec. 602/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref 28079230042021100133]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 558/2022, de 16 de febrero de 2022, rec. 703/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230022022100087]. Fecha de la última consulta: 31/04/2022.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 874/2022, de 17 de febrero de 2022 rec. 686/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 28079230022022100154]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 295/2017, de 30 de junio de 2017, rec. 254/2015 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. ES:APB:2017:5446]. Fecha de la última consulta: 20/03/2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 748/2019, de 17 de abril de 2019, rec. 1616/2018 [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. 08019370152019100714]. Fecha de la última consulta: 01/04/2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 388/2020, de 23 de julio de 2020, rec. 249/2019 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079370282020100510]. Fecha de la última consulta: 15/03/2022.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 26 de mayo de 2015, V1613-15

Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 12 de junio de 2019, V1417-19.

Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 14 de agosto de 2019, V2176-19.

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante de 28 de febrero de 2014, V0441-14

Dirección General de Tributos. Consulta vinculante de 28 de noviembre de 2016, V5138-16

Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE 21 de julio de 2016).

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central núm. 0006/2014, de 6 de febrero de 2014 [versión electrónica – base de datos DYCTEA]. Fecha de la última consulta 30/03/2022.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central núm. 3156/2019, de 17 de julio de 2020, rec. 3574/2017 [versión electrónica – base de datos DYCTEA]. Fecha de la última consulta: 31/03/2022.

OBRAS DOCTRINALES

- Alfaro Águila-Real, J., “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *Revista para el análisis del Derecho*, n.1, 2016, pp.1-104.
- Castro de Luna, M., “Tratamiento fiscal de las retribuciones percibidas por los administradores y socios de una entidad. Análisis de posibles situaciones: especial consideración a las retribuciones percibidas por los socios de sociedades profesionales”, *Quincena Fiscal*, n.15, 2016, pp.1-11
- Chico de la Cámara, P., “Impuesto sobre Sociedades I”, *Introducción al Sistema Tributario Español*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2020, p. 149-225.
- Curto Polo, M^a.M., “Exigencias formales y modos de retribución de los administradores de las sociedades de capital”, en García Cruces, J.A., (coord.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Tirant, Valencia, 2018, pp.17-55.
- De Osma, L., “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 48, 2018, pp. 144-149.
- Desdentado Bonete, A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p.18.
- Durán-Sindreu Buxadé, A., *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales. Teoría del vínculo*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- Falcón y Tella, R., “La abstracción tributaria de la causa y la presunción de validez de los actos o negocios gravados”, *Revista Quincenal*, núm.8, 2010, pp.7-10.
- García Gómez, A., “Fiscalidad de la retribución de los administradores sociales y su impacto en la tributación de la sociedad”, en García-Cruces J (ed.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018

- García Gómez, A., “Sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales en el impuesto de sociedades”, Civitas. *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 182, 2019, pp.75.114.
- Garrigues, J y Uría, R., *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 1976, p.93.
- Higuera Garrido, A., “Altos directivos y administradores: estado de la cuestión”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.24, 2009, pp.86-89
- Informe de la DGT, de 12 de marzo de 2009, sobre la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones de administradores
- Marín Benítez, G. “Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 353 y 354.
- Márquez Sillero C. y Márquez Márquez A., “Tratamiento tributario de los gastos por atenciones a clientes o proveedores y de promoción. Los gastos ilícitos: el artículo 15. Letras e) y f) de la ley 27/2014, del 27 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de Sociedades”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 4, 2017, SP.
- Molero Manglano, C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 2011.
- Paz-Ares C., “El enigma de la retribución de los administradores ejecutivos”, *Revista para el análisis del derecho*, n.1, 2008, pp.1-74.
- Rodríguez-Ramos Ladaria, L., “Aspectos fiscales de la retribución de los administradores”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, 2016. S.P.
- Ruiz Hidalgo, C., “La naturaleza jurídica de la retribución de los administradores-socios-trabajadores de una sociedad”, *Revista Quincena Fiscal*, n.20, 2012, pp.45-62.
- Ruiz Muñoz, R., “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control”. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, Madrid, 2015, pp.860-893.
- Sala Franco, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Rústica Editorial, Bilbao, 1990, p.32.

RECURSOS DE INTERNET

Arieta Villareal, P., “Nueva vuelta de tuerca a la retribución de los administradores”, *BK Seain*, (disponible en <https://www.seain.es/info/wp-content/uploads/Mas-sobre-la-retribucion-de-los-Administradores.pdf>; última consulta 03/04/2022).

Despacho Uría Menéndez., “Informe de 12 de marzo de 2009 elaborado por la Dirección General de Tributos sobre la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones a los administradores de sociedades mercantiles”, *Circular Uría Menéndez. Derecho Tributario*, 2009, (disponible en <https://www.uria.com/documentos/circulares/184/documento/782/020mayo09.htm?id=782#imagen>; última consulta 13/03/2022).

Díez Estella, F., “La administración de la sociedad”, *Temario Dº Mercantil I – C.U. Villanueva*, pp. 76-87, 2018/2019 (disponible en http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_19.pdf; última consulta 19/03/2022).

Fachal Noguer, N., “El régimen de responsabilidad del órgano de administración plural: en particular, el consejo de administración con funciones delegadas”, *Lefebvre Revistas*, 2018, (disponible en <https://elderecho.com/regimen-responsabilidad-del-organo-administracion-plural-particular-consejo-administracion-funciones-delegadas>; última consulta 19/03/2022).

González Sánchez, M., “La deducibilidad fiscal de la remuneración de administradores tras las STS de 26 de febrero de 2018” *Periscopio Fiscal y Legal*”, 2018 (disponible en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-deducibilidad-fiscal-de-la-remuneracion-de-administradores-tras-la-sts-de-26-febrero-2018/>; última consulta 13/03/2022).

Lluch Corell, F., “La relación de los administradores de la sociedad con el derecho del trabajo”, *Lefebvre Revistas*, 2015 (disponible en <https://elderecho.com/la-relacion-de-los-administradores-de-la-sociedad-con-el-derecho-del-trabajo>; última consulta 05/04/2022).

Marín Benítez, G., “El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las leyes 27/2014 31/2014”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, pp. 113-116 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4622/documento/f07.pdf?id=5774> ; última consulta 20/02/2022).

Tovar Rocamora, J., “De la teoría del vínculo y la exclusión de laboralidad”, *Estado de la teoría del vínculo tras la entrada en vigor de ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo*, pp. 3-9, 2015 (disponible en <https://forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/ESTADO-DE-LA-TEORIA-DEL-VINCULO-TRAS-LA-LEY-31-2014-Juan-Jose-Tovar-Rocamora.pdf>; última consulta 06/03/2022).