



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LAS RETRIBUCIONES A LOS ADMINISTRADORES
SOCIALES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES:**

La teoría del vínculo y su relación con la deducibilidad fiscal

Autor: Iván Fernández Perera

5° E-3 B

Derecho Tributario

Tutora: María Pilar Navau Martínez-Val

Madrid

Abril de 2023

RESUMEN

En el marco de la discusión acerca de la deducibilidad de las retribuciones a los administradores, a lo largo de los últimos años se ha visto como el posicionamiento de tribunales ha ido cambiando, según mandatos legislativos o corrientes doctrinales. Así pues, no son pocas las preguntas que se hacen los contribuyentes acerca de la deducción de este gasto en el Impuesto sobre Sociedades, ya que la doctrina sentada ha ido variando, y sigue sin parecer rotunda la solución que existe a día de hoy.

Por ello, se pretende hacer un estudio de la historia reciente de dicha materia, con un acercamiento especial a la llamada “teoría del vínculo”, que se ha configurado como base de apoyo para el razonamiento de los Tribunales a la hora de valorar al unísono las retribuciones de los consejeros de control y los consejeros ejecutivos. Así pues, el presente ensayo pretende hacer una revisión acerca de los posicionamientos que ha seguido y que mantiene actualmente la jurisprudencia, doctrina y órganos administrativos respecto de la deducibilidad de los gastos de una sociedad en las retribuciones a los administradores sociales. A ello se le aportará también una visión crítica respecto de estos pronunciamientos, haciendo eco de la doctrina mercantil, social y tributaria respecto de las soluciones acuñadas en sede judicial.

PALABRAS CLAVE

Impuesto sobre Sociedades, Gasto deducible, Retribución, Administrador, Teoría del Vínculo

ABSTRACT

In the context of the discussion on administrator retributions as a deductible expense, we have seen how over the last few years the jurisprudence has been changing, following legislative mandates or theoretical trends. Thus, there are still many questions that taxpayers have on the deduction of this expense in the Corporate Income Tax, since the courts have recently ruled in various ways, and the solution that exists today still does not seem to be categorical.

For this reason, the intention of this essay is to make a study of the recent history of this matter, with a special approach to the so-called "link theory", which has been configured as the basis of support for the reasoning of the Courts when assessing the remuneration of controlling directors and executive directors at the same time. Thus, this essay aims to review the positions that have been followed and are currently maintained by case law, theory, and administrative bodies with respect to the deductibility of the expenses of a company in the remuneration of company directors. It will also provide a critical view of these pronouncements, echoing the company, social and tax law theorist with respect to the solutions generated in courts.

KEYWORDS

Corporate Income Tax, Deductible Expenses, Retribution, Administrator, Link Theory.

CONTENIDOS

1.	INTRODUCCIÓN	8
1.1.	PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	8
1.2.	OBJETIVOS	9
1.3.	METODOLOGÍA	10
1.4.	ESTRUCTURA	11
2.	CONSIDERACIONES DE CARÁCTER MERCANTIL Y LABORAL	12
2.1.	ACERCA DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA.....	12
2.2.	INTRODUCCIÓN A LA <i>TEORÍA DEL VÍNCULO</i>	14
2.2.1.	Consideraciones previas	14
2.2.2.	Nacimiento de la <i>teoría del vínculo</i> y sus efectos.....	15
2.2.3.	Justificación	16
2.2.4.	Aplicación y teoría de los vasos comunicantes	17
2.3.	CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN.....	18
3.	ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PREVIA A LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2014	20
3.1.	LA SENTENCIA MAHOU COMO PUNTO DE PARTIDA	20
3.1.1.	Antecedentes de hecho.....	20
3.1.2.	Las retribuciones a los administradores no ejecutivos	22
3.1.3.	El tratamiento de los administradores ejecutivos.....	23
3.1.4.	Conclusiones y cuestiones interpretativas	25
3.2.	EVOLUCIÓN TRAS LA “SENTENCIA MAHOU”	26
3.2.1.	Pronunciamientos posteriores	26
3.2.2.	Extensión subjetiva de la teoría del vínculo	28
3.2.3.	El debate en torno al “cumplimiento de los requisitos mercantiles”	29
4.	LAS REFORMAS FISCALES Y MERCANTILES DE 2014	31
4.1.	LA REFORMA DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.....	31
4.2.	LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL	32
4.3.	LA INTERPRETACIÓN DE DICHAS REFORMAS EN SEDE JUDICIAL	33
4.3.1.	Los primeros posicionamientos jurisprudenciales	33
4.3.2.	La recepción de las novedades legislativas en el Tribunal Supremo	34
4.4.	EL POSICIONAMIENTO DEL TEAC Y LA AEAT	37

4.5.	LAS NOVEDADES DE LA AUDIENCIA NACIONAL	38
4.5.1.	Acerca del cumplimiento de los requisitos mercantiles	39
4.5.2.	La interpretación finalista y el abuso de formalidad.....	40
5.	RECAPITULACIONES FINALES.....	42
5.1.	RÉGIMEN DE LOS ADMINISTRADORES	42
5.1.1.	Acerca de los administradores de hecho	42
5.2.	RÉGIMEN DE LOS SOCIOS.....	43
5.3.	CRÍTICAS AL SISTEMA	44
5.3.1.	El uso de las sanciones.....	44
5.3.2.	La omisión del mandato legislativo.....	45
5.3.3.	El distanciamiento respecto de la realidad económica.....	46
6.	CONCLUSIONES Y VALORACIONES PERSONALES	48
7.	BIBLIOGRAFÍA	52
7.1.	LEGISLACIÓN.....	52
7.2.	JURISPRUDENCIA.....	52
7.2.1.	Audiencia Nacional	52
7.2.2.	Audiencias Provinciales.....	53
7.2.3.	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública	53
7.2.4.	Dirección General de Tributos	53
7.2.5.	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.....	54
7.2.6.	Tribunal Constitucional	54
7.2.7.	Tribunal Económico Administrativo Central	54
7.2.8.	Tribunales Superiores de Justicia.....	54
7.2.9.	Tribunal Supremo.....	54
7.3.	OBRAS DOCTRINALES	55
7.4.	RECURSOS DE INTERNET.....	57

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
Cfr.	<i>Cónfer</i> (compárese con)
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
FJ	Fundamento Jurídico
Ibid.	<i>Ibidem</i> (en el mismo lugar)
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Núm.	Número
Op. Cit.	<i>Opere citato</i> (en la obra citada)
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	<i>Vide</i> (véase)

1. INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Impuesto sobre Sociedades (o “IS”) se configura como una figura impositiva que grava la obtención de renta por parte de un ente social¹. Por lo general, estos entes cuentan con personalidad jurídica propia, aunque existen ciertas excepciones como los fondos de inversión o las uniones temporales de empresas². Así pues, la obtención de renta es el indicador de capacidad económica que la institución tributaria del Impuesto sobre Sociedades utiliza a modo recaudatorio, y no deja de ser reflejo de la actividad económica subyacente que realizan la mayoría de las contribuyentes del IS.

Lógicamente, el gravamen sobre la renta exige necesariamente la obtención de ingresos por parte del ente social. Desde un punto de vista económico, estas actividades económicas generadoras de ingresos van de la mano con el desembolso de gastos, los cuales son en muchas ocasiones imprescindibles para la obtención de renta. Así pues, es natural que ciertos gastos se tengan en consideración en la cuantificación de la renta gravada, en la medida que, de no hacerse, se estaría vulnerando la capacidad económica del contribuyente, pilar esencial en el sistema tributario español, en la misma línea que se establecía en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1994³, de 14 de julio.

Así pues, es coherente con lo ya expuesto que ciertos desembolsos puedan catalogarse como gastos debido a la inherente base contable del impuesto⁴. No obstante, la expresión "deducible" no sigue a todos los mismos, y es en este entramado jurídico (y contable si uno puede añadir) donde reside el que va a ser objeto de discusión a lo largo de este ensayo.

¹ Pérez Royo, F. y otros. *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*. Editorial Tecnos. Edición 16ª. Madrid, 2022, p. 352

² Francis Lefebvre. (2022). *Memento Práctico: Fiscal. EIDerecho*. 2022

³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1994, de 18 de agosto [versión electrónica - base de datos de Tribunal Constitucional. ECLI:ES:TC:1994:214]. Fecha de la última consulta: 1 de Abril de 2023.: *La consideración de estas deducciones como exclusivas choca, por un lado, con la propia lógica del sistema en el que se consideran deducibles todos los gastos necesarios para la obtención de los ingresos; y, por otro, con el principio de capacidad económica, porque si el contribuyente debe hacer unos gastos ineludibles para obtener sus ingresos y tales gastos no son deducibles se está gravando una capacidad económica superior a la real con violación manifiesta del art. 31 C.E. (Antecedentes de hecho)*

⁴ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014). *Preámbulo y artículo 10: En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas*

Puede uno aducir que la problemática no reside en un precepto legal específico de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁵ (“LIS”), sino en el planteamiento que la jurisprudencia contencioso-administrativa, ha ido haciendo respecto de las retribuciones a administradores y sus variantes. Como se verá más adelante, los criterios conjugantes de la deducibilidad del gasto han ido cambiando en la legislación española, pero los tribunales españoles han venido sosteniendo argumentaciones que se desmarcan de los preceptos legales de la LIS, acudiendo a recursos externos, como la Ley de Sociedades de Capital⁶ o la *teoría del vínculo*.

No obstante, es valioso realizar una vista rápida a la redacción de la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades, que restringe el acceso a la deducibilidad de los gastos para aquellos gastos no afectos a la actividad económica, entre otros requisitos. Así pues, se asienta un planteamiento ciertamente ventajoso de cara al contribuyente, y es que ve como los gastos necesarios o correlacionados con la obtención de ingresos son deducibles a efectos del IS. No obstante, esa ventaja existente nacida de la relación entre afectación a la actividad económica y deducibilidad ve ciertamente menoscabada en el momento en el que uno se dedica a indagar en la veleidosa práctica que ha seguido la Administración y los tribunales a la hora de valorar las retribuciones a los administradores sociales.

1.2. OBJETIVOS

Así pues, el objetivo de este ensayo, pese a haber sido ya objeto de estudio en otros momentos, se justifica en parte también sobre el análisis de la *teoría del vínculo* y la nueva construcción doctrinal que se está dando alrededor de la deducibilidad de estas remuneraciones y que tiene como pieza fundamental la jurisprudencia sentada por la Audiencia Nacional a lo largo del año 2022⁷.

En ese mismo sentido, parece que el Tribunal Supremo ha abierto la veda para reformular su visión una vez más, admitiendo a trámite cuatro recursos diferentes que giran en torno

⁵ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de Noviembre de 2014).

⁶ 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).

⁷ Me refiero a las SSAN de 16 febrero de 2022 (N.º Recurso 703/2018); de 29 marzo de 2022 (N.º Recurso 769/2018) y de 21 de septiembre de 2022 (N.º Recurso 904/2019).

a la deducción de estos gastos en el Impuesto sobre Sociedades y la ausencia de previsión de estas retribuciones en los estatutos sociales de la empresa.

1.3. METODOLOGÍA

De forma previa al análisis, es importante hacer una pausa para recordar que el núcleo del presente ensayo tratará de dar respuesta a la cambiante doctrina, a la luz de la ya explicada *teoría del vínculo*. Por el contrario, es natural que la jurisprudencia española haya encontrado otros elementos coadyuvantes en sus razonamientos fuera de esta teoría, los cuales se analizarán en la medida de lo necesario. En consecuencia, es clave entender que la expresión “a la luz de la *teoría del vínculo*” no implica un análisis de toda la doctrina sentada en bruto, sino planteada desde la perspectiva que nos ofrece la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia en Sala de lo Social, de 1988⁸, trabajada *infra*.

Así pues, el objetivo analítico del presente ensayo pasa por hacer un estudio de las sentencias y novedades legislativas que se han venido introduciendo en los últimos años hasta alcanzar la posición jurisprudencial y legal actual. Para ello, se va a utilizar diferentes metodologías, como son: El estudio normativo, en especial de cara al análisis previo de los conceptos esenciales y las reformas normativas que más adelante se comentarán; El análisis de jurisprudencia, en especial ya entrando en materia tributaria, como las ya citadas sentencias de la Audiencia Nacional y algunas otras sentencias de renombre; Y el análisis doctrinal, a través del mismo se atenderá a la visión de las voces críticas y favorables de los juristas españoles acerca de las teorías y razonamientos que se vendrán exponiendo. Por tanto, podemos concluir que la metodología a utilizar será principalmente teórica, empleando técnicas que responden a un análisis histórico evolutivo de la jurisprudencia, de las fuentes documentales doctrinales y los posicionamientos de los órganos Administrativos.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Social, de 29 de septiembre [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:1988:15517].

1.4. ESTRUCTURA

Como se ha visto desde el punto de vista de la metodología, la estructura no debe ser otra que un análisis cronológico de la jurisprudencia y reformas tanto en el ámbito tributario como en el ámbito mercantil que puedan ser de interés para el estudio de la cuestión.

No obstante, y como se anticipaba en el epígrafe anterior, el primer capítulo debe estar destinado a realizar una serie de precisiones de manera previa al estudio cronológico de la materia. Por tanto, empezará con un análisis de las consideraciones previas de carácter mercantil y laboral, para después entrar en profundidad con las implicaciones fiscales de la retribución de los administradores. En este segundo capítulo del análisis, ya centrado en Derecho Tributario, se pasará a analizar los primeros pronunciamientos judiciales y el traspaso de la teoría del vínculo a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Posteriormente, el capítulo tercero dividirá en dos planos principales, separados con foco en las reformas de la Ley de Sociedades de Capital y Ley del Impuesto sobre Sociedades. Se dará comienzo a este tercer capítulo con un vistazo a la estructura legal nacidas de dichas reformas, para después señalar la doctrina preponderante durante el transcurso de este periodo y trabajar los cambios de posición, las cuales son uno de los puntos clave en este ensayo. Más tarde, se pasará al capítulo relativo a las recapitulaciones finales, donde se pondrán de relieve los cambios, los giros doctrinales más importantes y los efectos prácticos en la realidad de las empresas.

2. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER MERCANTIL Y LABORAL

2.1. ACERCA DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA

Resulta esencial en este epígrafe sentar una serie de consideraciones previas en lo relativo a la aplicación subjetiva de la *teoría del vínculo*. El concepto de administradores encuentra engarce en la Ley de Sociedades de Capital (también “LSC”), cuyo régimen legal queda regulado en diferentes artículos de la misma. De la redacción de la LSC podemos extraer cinco conclusiones muy valiosas con vistas a este ensayo:

- a. El concepto de administrador seguirá la propuesta del artículo 210⁹, en la medida que los administradores se consideran aquellas personas (físicas o jurídicas, art. 212¹⁰) que administran la sociedad, independientemente de las formas que adopte esta administración - unipersonal, mancomunado, solidario o en consejo de administración -. No obstante, como se señalará más adelante, la práctica empresarial exige hacer una serie de precisiones al respecto en lo relativo al administrador unipersonal, ya que se ha de destacar que en ocasiones se trata de Pequeñas y Medianas Empresas, donde concurren las figuras de socio, administrador y trabajador en la misma persona, cuyo efecto distorsionador se estudiará con ocasión del desarrollo del ensayo.
- b. Más allá, no está de más hacer hincapié en la diferenciación entre el concepto de "socio" y “administrador”, en cuanto que ambos son órganos que ejercen fuerza en la sociedad. No obstante, el primer grupo tiene una vinculación con el resultado de la sociedad, lo que pone ciertamente en duda la condición de laboralidad, en la medida que participa directamente en beneficios¹¹. Así pues, frente al debate que pueda nacer sobre cuestiones en torno a la gratuidad de las retribuciones realizadas a los consejeros, las retribuciones a un socio tendrán, con carácter general, la consideración fiscal de distribución de dividendos. No obstante, más adelante se tratará su situación con motivo de los trabajos de carácter laboral común que los mismos puedan hacer para la sociedad.

⁹ Art. 210.1 LSC: *La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.*

¹⁰ Art. 212.1 LSC: *Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas.*

¹¹ Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E.. *Derecho del trabajo*. Editorial Civitas. Edición 26ª. Madrid, 2009, pp. 160-170

- c. Por otro lado, el consejo de administración, órgano donde la función de administración se lleva a cabo en algunas ocasiones, ofrece ciertas particularidades, en especial los llamados "consejeros delegados", cuya labor no es solo de control sino también ejecutiva. Sobre esta figura jurídica concreta gira el análisis del presente ensayo, en relación con la aplicabilidad de la *teoría del vínculo (infra)*. Sin intención de adelantarme a lo que es propio de epígrafes futuros, se ha de mencionar que desde un punto de vista de organización las labores de estos consejeros delegados van más allá que las funciones de control - típicamente asumidas por los consejeros no ejecutivos en el marco de un consejo de administración - para extender sus prestaciones hasta lo que puede catalogarse como las funciones de alta dirección.
- d. De la redacción de la LSC - arts. 231, 231 bis, 529 quince y 3.g)¹² - se puede deducir una separación entre las labores de administración y las de alta dirección¹³, no obstante, estos compartimentos no son estancos, de manera que como ya se ha señalado, un administrador puede acaparar en su persona las diferentes funciones enmarcadas en el Real Decreto 1382/1985, sobre alta dirección, y el artículo 209 de la LSC, sobre la función directiva en una sociedad.¹⁴
- e. Por último, conviene hacer una serie de precisiones acerca del carácter mercantil del sistema español de administración, regulado mediante el artículo 209¹⁵ LSC en aras de un sistema monista de administración. En contraposición al sistema dualista, el régimen español concentra en los administradores (ejecutivos y no ejecutivos) los poderes de gestión y representación, lo que necesariamente deriva en un abanico

¹² Vid. artículo 529 quince y 3.g) "3. Sin perjuicio de las demás funciones que le atribuya la ley, los estatutos sociales o, de conformidad con ellos, el reglamento del consejo de administración, la comisión de nombramientos y retribuciones tendrá, como mínimo, las siguientes: (...) g) Proponer al consejo de administración la política de retribuciones de los consejeros y de los directores generales o de quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados, así como la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos, velando por su observancia

¹³ Cfr. Paz-Ares Rodríguez, C.. El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2008

¹⁴ *Ibid*, p. 5

¹⁵ El punto primero del artículo 209 LSC, que reza lo siguiente "Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley" opta por un abanico sustantivamente amplio a la hora de materializar las facultades de administración. Los conceptos jurídicos de gestión y representación habilitan una interpretación extensiva de dicho ámbito de actuación.

sustantivamente amplio que ampara las diferentes actuaciones de los administradores.

2.2. INTRODUCCIÓN A LA *TEORÍA DEL VÍNCULO*

2.2.1. **Consideraciones previas**

De forma previa a afrontar la creación de dicha teoría, tan relevante para la práctica actual, se debe apreciar el contexto en el que se enmarca la *teoría del vínculo* en el ordenamiento laboral. Así pues, hemos de acudir al Estatuto de los Trabajadores¹⁶ para esta primera aproximación al régimen que da la norma para los administradores ejecutivos y no ejecutivos.

Dispone el artículo 1.3.c)¹⁷ de dicha norma que se habrá de excluir del régimen de laboralidad las relaciones entre el consejero de una sociedad y la misma. Así pues, a través de este precepto legal se pone de relieve que estas relaciones no van a quedar amparadas bajo el régimen de laboralidad, y que se trata esta de una relación mercantil u orgánica. Por otro lado, se ha de prestar atención a lo dispuesto en el artículo 2.1.a), que incluye en un régimen especial de laboralidad a aquellos trabajadores que ejerzan funciones de alta dirección. Sin intención de profundizar en demasía en este aspecto, es importante mencionar que este régimen laboral se enmarca en el Real Decreto 1382/1985¹⁸ (o RD 1382/85)

Siguiendo la aproximación realizada en el epígrafe anterior, relativo a los tipos de consejeros, observamos como los consejeros ejecutivos en la teoría deberían ostentar un doble vínculo con la sociedad. El primero, mercantil en virtud del artículo 1.3.c) por aquellas actividades que se “*limiten pura y simplemente al desempeño del cargo de consejero*”, y el segundo, laboral según el artículo 2.1.a) y el Real Decreto 1382/1985 por aquellas funciones ejecutivas (o de alta dirección) que desempeñe el administrador.

¹⁶ 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).

¹⁷ Vid. 2. 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.*

¹⁸ 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).

2.2.2. Nacimiento de la *teoría del vínculo* y sus efectos

El punto de partida de la misma es la STS de 29 de septiembre de 1988, en sala de lo Social (también conocido como “Caso Huarte”)¹⁹. Bajo la visión del ex magistrado del Tribunal Supremo, Aurelio Desdentado²⁰, la misma nace como medida para prevenir un fraude de ley, una suerte de mecanismo que impidiese a los administradores sociales fijar sus retribuciones con carácter potestativo y unilateral, en detrimento de la seguridad jurídico-económica de los accionistas y partícipes societarios.

Consecuentemente, determinó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a modo de solución para estos problemas la postulación sobre la cual gira el presente ensayo. De la sentencia se pueden extraer una serie de conclusiones principales en relación con la entonces recién acuñada *teoría del vínculo*:

1. En primer lugar, será de aplicación en los casos en los que haya una doble vinculación laboral y mercantil, nacidas de la condición de trabajador en régimen de alto directivo y en condición de administrador social, respectivamente. La consecuencia directa del pronunciamiento de la Sala 4ª excluye la relación laboral del administrador social, en pro de la absorción de dicha relación mediante el vínculo mercantil que también mantiene dicho administrador.
2. En segundo lugar, también es importante remarcar que el propio Tribunal Supremo establece que, en el marco de una relación laboral de alta dirección y una de administración social, será la relación laboral la que decaiga. Por tanto, la *doctrina del vínculo* es preceptiva, y salvo contadas excepciones²¹ no queda a disposición de las partes la calificación de dicha relación. Se hace entonces firme la imposibilidad de que, en el marco de la relación de administración social, las partes puedan pactar la yuxtaposición de un contrato de alta dirección²².

¹⁹STS, de 29 de septiembre de 1988, *Op. Cit.*

²⁰ Desdentado Bonete, A., “Administradores sociales: últimas noticias contradictorias”, *La Ley*, núm. 5, 2003, p. 1803.

²¹ A modo ejemplificativo, cita Pedreira Menéndez que el Tribunal Supremo en sala de lo Social y fecha 13 de mayo de 1991, permitió excepcionalmente la existencia de un doble vínculo para los administradores de una sociedad. Pedreira Menéndez, J. “La retribución de los socios como administradores o trabajadores”. *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 162, 2014, p.p. 104-105.

²² Cohen Benchetrit, A. *Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*. *ElDerecho*. (Disponible en: <https://elderecho.com/vigencia-de-la-teoria-del-vinculo-en-la-jurisdiccion-social-tras-la-reforma-operada-en-la-ley-de-sociedades-de-capital-por-la-ley-312014-de-3-de-diciembre>, última consulta 01/04/2023)

Son de importante calado dichas conclusiones para el presente ensayo, y es que en relación a la casuística concreta de las retribuciones y su deducibilidad, es importante remarcar que, en atención a la *teoría del vínculo*, la relación laboral de alta dirección entre un administrador ejecutivo y la sociedad no va a poder sobreponerse a la mercantil, mostrándose rotundo el Tribunal Supremo en este sentido, que en sentencia reciente del 9 de marzo de 2022 en Sala de lo Social²³ determinó la improcedencia de indemnizaciones laborales para este tipo de supuestos, salvo para administradores cuya labor pueda clasificar como “trabajos comunes u ordinarios”. Así pues, se viene confirmando también la vigencia y aplicabilidad de la *teoría del vínculo* en la Sala 4ª de nuestro Alto Tribunal.

Frente a esta teoría monista o del vínculo único, encontramos la teoría de la compatibilidad o dualista. Relata Matorras Díaz-Caneja²⁴ que en un primer momento la jurisprudencia vaciló en el proceso de asentamiento de la teoría del vínculo, en detrimento de la utilización de la teoría dualista, que permitía la compatibilidad de vínculos. Dicha doctrina venía considerando que los vínculos del consejero ejecutivo eran estancos entre sí, de modo funcionaban de manera independiente y con vigencia plena, por ser relaciones y cometidos diferentes.

2.2.3. **Justificación**

Es relevante evidenciar en este epígrafe las razones que suelen aducir los partidarios de la teoría del vínculo, que se clasifican principalmente en dos clases de justificación para la necesaria creación de dicha doctrina.

En primer lugar, desde un plano de la justificación técnico-jurídica, la *doctrina de vínculo* es percibida como una consecuencia necesaria de la regulación del sistema monista español. Este punto queda tratado con excelente precisión por el jurista García Barros²⁵ “*El núcleo de la doctrina del vínculo estriba, por tanto, en entender que las funciones de dirección y gestión de la sociedad, por muy concretas y específicas que sean, corresponden necesariamente al cometido ordinario del administrador social, por lo que,*

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Social, núm. 1005/2022, de 9 de marzo de 2022. [Versión Electrónica – Base de datos del Poder Judicial ECLI:ES:TS:2022:1005].

²⁴ Matorras Díaz-Caneja, A. “Altos cargos y doble vínculo: Crítica a los “excesos” de la doctrina del vínculo. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 3, 2010, pp. 57-79.

²⁵ Barros García, M. “¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015, p. 35.

si se desempeñan por un administrador, no pueden constituir el objeto de una relación laboral especial de alta dirección. (...) En definitiva, la doctrina del vínculo se sustenta en una «supuesta redundancia funcional relacional» como consecuencia de la cual «el vínculo mercantil eliminaría de plano la posibilidad de mantener simultáneamente una relación laboral especial de alta dirección en concurrencia».

Por otro lado, se aducen también otras justificaciones de carácter económico o de seguridad jurídica, en pro de la protección de los accionistas de la sociedad. Esta interpretación finalista es un criterio observable, y se refleja también en las palabras de Sebastián Sastre Papiol²⁶, ponente de la STS 2061/2015, de 9 de abril de 2015, en Sala de lo Civil: “*Y como sostiene la STS 1147/2007, de 21 de octubre, debe atenderse al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad, con motivo de su cese, pues, como señala la STS 441/2007, de 24 de abril, su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión" ”*

Consecuentemente, es palpable también que el objetivo perseguido por la *doctrina del vínculo* es el de aportar certeza en las relaciones entre accionista y administrador, reservando para el primero la potestad para retribuir (y en su caso, en qué cuantía) al segundo, que de tener una relación laboral (y no mercantil) tendría capacidad para la autocontratación. Se trata entonces de una manera de dar solución a una de las consecuencias naturales que ciertos autores han catalogado como “problemas de agencia”²⁷.

2.2.4. Aplicación y teoría de los vasos comunicantes

Dicha teoría, elaborada en sede laboral a través del ya citado “Caso Huarte” se vendría reafirmando por la Sala Social del Tribunal Supremo en distintas ocasiones hasta que, llegado un punto, dicha doctrina laboral, saltaría a la Sala de lo Civil bajo el nombre de

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Civil núm.. 2061/2015, de 9 de abril [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2015:2061].

²⁷ Si bien en este tipo de relación (de agencia), se persigue primordialmente el beneficio del Principal, no necesariamente se producen los resultados perseguidos por este, debido a la conducta estratégica (oportunist) desarrollada por el Agente, quien va a pretender obtener beneficios adicionales derivados de su actuación. *Cfr.* Martínez, J. J., “Apuntes sobre el Rol del Derecho frente al Problema de Agencia en las Organizaciones”. *Themis. Revista del Derecho*, núm. 46. Madrid, 2003, p.p. 282-284.

la *teoría del tratamiento unitario*²⁸. Según relata García Gómez²⁹, aplicó el Tribunal Supremo la llamada *teoría de los vasos comunicantes*, que permitía a los Tribunales de diferentes jurisdicciones unificar doctrina y hacer trascender los razonamientos de una Sala a otra.

Se habrá de prestar entonces especial atención a la extensión de dicha teoría, que provoca el suministro de información entre Salas del Tribunal Supremo, y por tanto la homogeneización de jurisdicciones desde el punto de vista de la jurisprudencia. Esta teoría es la causa principal por la cual el presente ensayo es necesariamente multidisciplinar, en la medida que las jurisdicciones Mercantil (Sala de lo Civil), Tributario (Sala de lo Contencioso) y Laboral (Sala de lo Social) van a actuar como coadyuvantes de la doctrina entre ellas mismas. Así pues, para el análisis de la deducibilidad de las retribuciones de los administradores sociales habrán de estudiarse tanto las sentencias de las respectivas jurisdicciones como consultas de la Dirección General de Tributos (“DGT”) o resoluciones de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica (o Dirección General de los Registros y Notariados, desde antes de 2020)

2.3. CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN

Acudiendo a la legislación laboral, podemos aproximar la concepción de retribución a través del concepto de salario. El artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores (también “ET”) define salario como “*la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración*”.

Pues bien, esta definición pese a que puede ser de cierta utilidad, no comparte un elemento esencial con la figura del administrador (*supra*), y es que como se ha visto en el epígrafe anterior las retribuciones que corresponden a la contraprestación por administrador no

²⁸ En el salto de la teoría del vínculo a la jurisdicción civil, los ponentes de la STS de 18 de junio de 2013 se referían a dicha teoría como la del *tratamiento unitario*, haciendo referencia a la aplicabilidad de un régimen único para los consejeros ejecutivos y de control. Chico de la Cámara, P., “Deducibilidad de las retribuciones de los administradores societarios en el IS & Contravención del ordenamiento jurídico”. *Revista Quincena Fiscal*, núm. 21/2020, 2020, p.10.

²⁹ García Gómez, A.J. “Sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales en el impuesto sobre sociedades”. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 182/2019, 2019, p. 75.

podrán ser catalogadas como “salario”, en la medida que no concurre una relación laboral entre las partes³⁰. Frente a esta situación de no sujeción al Derecho laboral para los administradores, en el régimen de alta dirección sí que se contempla como una relación laboral³¹ y por tanto es adecuado utilizar el concepto de salario (*vid.*, entre otros, el artículo 11 del RD 1382/1995³²).

Así pues, podremos trabajar a partir de ahora con el concepto de retribución, para aquellas contraprestaciones devengadas con razón de la posición de administrador y salario para aquellas prestaciones que se devenguen en concepto de alto directivo

³⁰ Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E.. *Derecho del trabajo*. Editorial Civitas. Edición 26ª. Madrid, 2009, pp. 107-110. *Op. Cit.*

³¹ En este caso se hablaría de una relación laboral especial, guiada por el Real Decreto 1382/1995, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

³² La utilización del concepto de salario es extensiva en toda la ley. Reza el artículo 11.1, párrafo segundo que “*En los supuestos de incumplimiento (...) el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido*”.

3. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PREVIA A LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2014

3.1. LA SENTENCIA MAHOU COMO PUNTO DE PARTIDA

3.1.1. Antecedentes de hecho

No es difícil para uno encontrar doctrina y jurisprudencia sobre la deducibilidad de las retribuciones a los administradores, (incluso que consideran las notas de laboralidad, como la SAN de 2 de junio de 2005³³) de forma previa a esta sentencia. No obstante, considero que el análisis no debe comenzar de otra forma que no sea a través de las renombradas Sentencias del Tribunal Supremo en Sala de lo Contencioso de 13 de noviembre de 2008, también conocidas como "Caso Mahou"³⁴. Clave resulta el asunto para el presente ensayo, y aún más importancia tuvo en la práctica jurídica, siendo de una repercusión y extensión sustancial, sentando un criterio que todavía deja huella y que en su momento levantó muchas ampollas entre los contribuyentes.

Sin intención de extenderme en los detalles de los antecedentes de hecho, se ha de hacer una pequeña remisión a los hechos probados relevantes de cara a este ensayo, para aquellos lectores que desconozcan el caso. Tras una autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio de 1992 la sociedad Mahou S.A., la Agencia Tributaria abre un expediente, conteniendo una propuesta de regularización respecto a la utilización de la remuneración a sus administradores y socios en concepto de gasto deducible (art. 13 de la antigua Ley del Impuesto sobre Sociedades³⁵), aumentando así la base liquidable y por ende la cuantía a ingresar en las arcas públicas a través del Impuesto sobre Sociedades. Destacar cabe que el razonamiento de la Agencia Tributaria (como órgano regularizador) poco tiene que ver con la teoría del vínculo, en la medida que esgrime una teoría basada

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso núm. 2965/2005, de 2 de junio de 2005 [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:AN:2005:2965]. *Vid. FJ 3. La sociedad no ha acreditado que las retribuciones satisfechas al Sr. Luis Carlos como columnista, que eran objeto de un 15% de retención, lo sean debido a la existencia de una relación laboral de carácter especial o general.*

³⁴ Sentencias del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso-Administrativo núm. 7057/2008 y 7060/2008, de 13 de noviembre [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2008:7057, ECLI:ES:TS:2008:7060].

³⁵ Ley 61/1978, de 27 de diciembre, de Impuesto sobre Sociedades (BOE de 30 de diciembre de 1978).

sobre el concepto de "gasto necesario", criterio que exigía la imprescindibilidad del gasto de cara a la obtención de ingresos³⁶.

Seguidamente, la sociedad recurre el acuerdo de regularización y las sanciones anexas a la misma. Tras un dilatado proceso, acaba en manos de los magistrados del TS, que entre las cuestiones que plantean y plasman en la sentencia es el tratamiento de las retribuciones a administradores a efectos del artículo 13 LIS 1978.

Por otro lado, considero que uno no debe limitarse al análisis de los fundamentos jurídicos en una sentencia tan trascendental como la actual, en cuanto que existe gran conocimiento en instancias anteriores y alegaciones por parte de los recurrentes. De esta manera, es el Tribunal Supremo el que lleva el foco a la teoría del vínculo, pero en todo el proceso la misma subyace y ejerce una fuerza interpretativa importante. Se materializa por ejemplo en las alegaciones contenidas en los recursos tanto del abogado del Estado como la sociedad Mahou S.A.:

Desde el punto de vista de la sociedad recurrente, se hace un planteamiento especialmente interesante con la intención de proteger las remuneraciones del consejero delegado, presidente y vicepresidente. Se esgrime para su caso una doble defensa, basada en el argumento aportado para los administradores no ejecutivos y un argumento adicional donde se aduce la laboralidad de sus prestaciones a la entidad, en la medida que se recogen en la cuenta de gastos de personal y existe una cotización a la seguridad social, amparada por la aplicación del Real Decreto 1382/1985, sobre relaciones laborales especiales del personal de alta dirección. Así pues, defiende la recurrente que el régimen apropiado para estas retribuciones es el laboral, lo que implicaría su deducibilidad de manera directa. Argumenta entonces la sociedad un criterio basado en una concepción predominantemente objetiva, atendiendo al régimen que se les dan a las prestaciones.

³⁶ Argente Álvarez, J. y Mellado Benavente, F. *Manual del Impuesto sobre Sociedades*. Editorial Walters Kluwers, 2011, pp. 187-190

3.1.2. Las retribuciones a los administradores no ejecutivos

Por otro lado, de manera previa al análisis que nos concierne, se han de realizar una serie de precisiones acerca del razonamiento que sigue el Tribunal Supremo a la hora de valorar la deducción de las retribuciones a esta figura societaria, que se distingue de los consejeros ejecutivos en la ausencia de realización de funciones de alta dirección. Como se indicó *supra*, recordemos no puede ponerse en cuestión la naturaleza puramente mercantil de la relación de estas personas con la sociedad.

Con relación a los consejeros no ejecutivos, la teoría del vínculo brilla por su ausencia en el caso, en la medida que no existe el presupuesto esencial de la misma, que es la existencia simultánea de una relación laboral (de alta dirección) y mercantil. Así pues, se limita el Tribunal Supremo a rechazar la deducibilidad de un gasto a los socios de la entidad en base a la que algunos autores bautizaron “*teoría del milímetro*”³⁷. Se establece que, para considerarse las retribuciones a los administradores como gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades, dichas retribuciones deben ser necesarias para la obtención de ingresos, y si no se previesen estatutariamente con unos requisitos exigentes de claridad y precisión, decaería la necesidad del gasto y por tanto su deducibilidad. Dicha argumentación se apoya en la presunción de gratuidad que establecía en el artículo 66³⁸ de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de manera que, de no venir expresamente regulado estatutariamente, la posición de administrador social se entiende cómo no remunerada y por tanto cualquier retribución en el marco de dicha relación no viene amparada por la relación mercantil y se entiende como una liberalidad.

Esta sentencia fue ampliamente criticada por algunos juristas debido a las exigencias de precisión que exigían para las sociedades que otorgasen remuneraciones a los administradores. En ese sentido, los estatutos de la sociedad Mahou sí contenían reglas para la cuantificación de la retribución, disponiendo de un límite máximo a retribuir a los administradores. No obstante, el Tribunal Supremo consideró como insuficiente la

³⁷ Paz-Ares Rodríguez, C. “*Ad impossibilia nemo tenetur* (o porque recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, mayo, 2009, pp. 4-5

³⁸ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24 de marzo de 1995). Artículo 66.1: *El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución.*

precisión de dichas reglas cuantificadoras, y declaró que habían de establecerse reglas con plena certeza y exactitud, pues de lo contrario no se cumpliría escrupulosamente con la legalidad mercantil. Es por ello por la que se bautizó como “*teoría del milímetro*”, ciertamente criticada por la imposición de obligaciones de minuciosidad en los estatutos y por ser contraria al espíritu empresarial y mercantil de discrecionalidad, tal y como señala García Gómez³⁹, que desarrolla la complejidad inherente en modificar los estatutos para cualquier cambio – por leve que sea – en la retribución de los consejeros.

3.1.3. El tratamiento de los administradores ejecutivos

Una vez nuestro Alto Tribunal rechaza la posible deducción para los administradores no ejecutivos llega a la materia de estudio para el presente ensayo. Se para la sentencia en su fundamento jurídico decimotercero al análisis de la problemática ya expuesta, resolviendo y haciendo uso de la teoría del vínculo, que confecciona conforme a unos criterios idénticos a los existentes en sede de lo social. Estos parámetros iniciales, que serán objeto de modulación en doctrina y jurisprudencia posterior, derivan una serie de consecuencias inevitables:

Cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no pueda establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral (...). Así pues, «el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza»; o, «dicho de otra manera, para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, tal como la define el precepto reglamentario, sino que la efectúe un trabajador, como el mismo precepto menciona, y no un consejero en ejercicio de su cargo»

³⁹ García Gómez, A.J. p. 81, *Op. Cit.*

La nota principal de la *teoría de la absorción* es su carácter subjetivo, que permite que el análisis atienda primariamente a la posición del consejero en la empresa. La consecuencia de la traducción sin modulación alguna de la teoría en este aspecto resulta en que el razonamiento del Tribunal Supremo choca de plano con las alegaciones de Mahou, en cuanto que toma una referencia eminentemente subjetiva para la determinación del régimen de aplicación. A lo largo de la argumentación, se atiende a la posición del consejero delegado en la empresa, y sus vínculos con la misma, de manera que se valora de la misma manera tanto las retribuciones normales en calidad de consejero como el llamado "plus de dedicación" o salario por la labor ejecutiva de alta dirección. Se podría argumentar como solución intermedia otorgar deducibilidad a ese "salario", en la medida que se retribuye - a ojos del recurrente - por funciones ajenas a la de administrador de control o pasivo. No obstante, no sería esa respuesta conforme al espíritu de la teoría del vínculo, cuyas consecuencias se extienden al ámbito subjetivo (de la persona) y no al objetivo (de las retribuciones).

Más allá, el razonamiento incluye también respuesta a las alegaciones de la recurrente que justificaban la laboralidad en la medida que las funciones realizadas por el consejero delegado se enmarcan como tal. A estos efectos - y valorándolo al unísono con el contenido subjetivo de las labores -, procede el Tribunal Supremo a transcribir la argumentación de la Sala de lo Social, haciendo eco de la jurisprudencia existente. Las labores propias del órgano de administración se enmarcan en el concepto de actividades que corresponden a la propia compañía mercantil en la medida que forma parte de la actuación de la propia sociedad. Continúa el Tribunal exponiendo que en la legislación española las labores de administración entran en un abanico muy amplio de facultades, y que la mayoría de las actividades y facultades sobre las cuales percibe una remuneración van a quedar absorbidas por el desempeño de administrador, independientemente de si se hacen en virtud del cargo de alta dirección o de administrador.

La utilización de la teoría del vínculo y su apoyo en el carácter subjetivo de la misma permiten al Tribunal Supremo valorar al unísono las retribuciones nacidas por las funciones de alta dirección y las de control, aplicando como regla general los requisitos

ya mencionados de certeza y precisión. De la obra de García Novoa⁴⁰ se extrae que la teoría del vínculo se puede entender no sólo como una teoría de absorción (la orgánica respecto la laboral), si no como una de exclusión (se excluye la relación laboral en su calificación jurídica).

En consecuencia, puede uno entender que el Tribunal Supremo endurece los requisitos de claridad y precisión estatutaria para que dichas retribuciones mercantiles puedan gozar de deducibilidad (“la *teoría del milímetro*”), al mismo tiempo que extiende dichos requisitos a los consejeros ejecutivos y las retribuciones obtenidas en un régimen de alta dirección (“la *teoría del vínculo*”)

3.1.4. Conclusiones y cuestiones interpretativas

A efectos prácticos y de cara al tópico de nuestro interés, concluye el Tribunal Supremo que las cantidades que una empresa retribuya a sus administradores en su intención de hacerlo en concepto de laboralidad serían extra-estatutarias, por no haber relación laboral especial compatible con la relación mercantil, que absorbe su funciones y por tanto ese salario. Así pues, confecciona nuestro Alto Tribunal una suerte de definición negativa respecto de la deducibilidad, en la medida que, de no preverse en los estatutos con suficiente claridad y certeza, los entes sociales no podrán disfrutar de las deducciones por retribuciones a un consejero ejecutivo que nazcan de funciones que puedan ser catalogadas como propias de las facultades de gestión y representación, características en el sistema monista español.

Siguiendo este razonamiento, es inevitable llegar a una crítica respecto de este sistema, y es que el Tribunal Supremo, en ánimos de impedir el fraude de ley en protección de la sociedad (según lo ya expuesto por Aurelio Desdentado), restringe aún más el ámbito de aplicación de la deducibilidad de las retribuciones, en perjuicio de la misma. En ese sentido se asientan en la propia sentencia dos cambios bastante relevantes, 1) la ya comentada “*teoría del milímetro*” que exige la concurrencia de la previsión estatutaria de las retribuciones en un grado bastante alto especificidad y precisión, so pena que sea

⁴⁰ García Novoa, C. “De nuevo la teoría del vínculo. Y esta vez de la mano del Derecho de la Unión Europea”, *Taxlandia. PolíticaFiscal.Es*, Julio 2022. (Disponible en: <https://www.politicafiscal.es/equipo/cesar-garcia-novoa/de-nuevo-la-doctrina-del-vinculo-y-esta-vez-de-la-mano-del-derecho-de-la-union-europea>, última vez accedido 10/04/2023)

considerada tal retribución como una liberalidad y 2) que las labores que generan estas retribuciones sean plenamente identificables como laborales, sin posibilidad de que sean absorbidas por las funciones derivadas de la administración social, ya que de otra manera tendrían que estar recogidas en los estatutos.

Respecto de este último inciso, se ha de señalar una problemática especialmente importante, y es que como ya señalaba la Dirección General de Registros y del Notariado en resolución del 12 de abril de 2002⁴¹, la diversidad funcional en concepto de administración que ofrece la legislación española provoca un grado sumamente alto de inseguridad y falta de previsibilidad respecto del régimen aplicable, en la medida que es una ardua tarea dibujar la frontera fuera y dentro del marco de la actividad social.

3.2. EVOLUCIÓN TRAS LA “SENTENCIA MAHOU”

3.2.1. Pronunciamientos posteriores

Es natural que los criterios fuesen precisándose por los tribunales españoles, en la medida que aparecen nuevos supuestos y casos, y ello sumado a la heterogeneidad del sistema español en el nacimiento de jurisprudencia. Así pues, no tarda en nacer una interpretación ciertamente básica pero importante, que es la interpretación a *sensu contrario* del caso Mahou.

Como se ha visto antes, el Tribunal Supremo se limita a rechazar la deducibilidad por enmarcarse las labores que dan pie a ellas en una relación mercantil, y no laboral. ¿Quiere decir ello que pueden deducirse las retribuciones de un alto directivo si las funciones por las cual las percibe no encajan en las funciones de administración? Una sentencia que da solución al caso es la STS de 25 de junio de 2013⁴², que además trata con cierta profundidad la ya enunciada problemática respecto de la diversidad funcional de las labores de administración. Reproduzco lo expuesto en la sentencia, que viene admitiendo

⁴¹ Dirección General de los Registros y del Notariado. “Resolución de 12 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Altadís, Sociedad Anónima, frente a la negativa de la Registradora mercantil IV de Madrid, doña Eloísa Bermejo Zoffo, a inscribir determinados particulares de los estatutos de dicha sociedad” (BOE 5 de junio de 2002)

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso núm.. 411/2013, de 9 de abril [versión electrónica - base de datos de VLex]

la desaplicación del art. 130⁴³ de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas, siempre que, las facultades que la empresa atribuye a los consejeros ejecutivos se superpongan y rebasen a las propias del resto de los administradores.

Sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral [SSTS (4ª) de 26 de diciembre de 2007, recurso 1652/2006, 9 de diciembre de 2009 (recurso 1156/2009) 24 de mayo de 2011 (recurso 1427/2011) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011)]

(...)

Aunque en alguna ocasión hemos advertido que no puede negarse en todo caso la superposición de la relación societaria y de otra de carácter mercantil, (...), en la práctica es muy difícil que se dé, porque la jurisprudencia de esta Sala exige que concurra un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa (FJ Único)

La valoración de esta sentencia es, en mi opinión, un acercamiento a la teoría del vínculo de la sala 4ª, que como bien cita la propia sentencia, excluye su propia aplicación en la medida que las labores realizadas exceden el ámbito de la administración societaria. No obstante, la propia sentencia se muestra muy comedida en su desaplicación de la doctrina, adelantando que se necesita un “elemento objetivo de distinción”, el cual en la práctica es difícil de encontrar, puesto que se trata de una cuestión de valoración fáctica.

En conclusión, parece que se plantea una teoría del doble vínculo, donde viene admitiéndose la coexistencia pacífica entre la relación mercantil y la laboral del consejero, para aquellas actividades que rebasen las funciones inherentes al cargo de consejero. Así pues, se matiza ese carácter eminentemente subjetivo visible en las sentencias Mahou,

⁴³ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE 27 de diciembre de 1989). Artículo 130.1: *La retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos (...)*

pasando a entrar en la valoración de ese elemento objetivo de distinción que permita armonizar en una misma persona ambas relaciones.

3.2.2. Extensión subjetiva de la teoría del vínculo

En paralelo, el aterrizaje de la teoría del vínculo en la jurisdicción contencioso-administrativa levantó ciertas dudas, en la medida que juristas, Tribunales y Administraciones se preguntaban hasta qué punto sería de aplicación subjetiva de la misma.

Acerca de eso mismo ya existían consultas de la Dirección General de Tributos (o “DGT”), como la V1492-08⁴⁴, que en ocasión de una consulta acerca del Impuesto sobre el Valor Añadido, admitía la acumulación de la posición de trabajador y socio, en cuanto que una participación inferior al 50% no debería poner en riesgo las notas laborales de dependencia y ajenidad desde el plano del ordenamiento tributario. No obstante, se mostraba reservada la DGT acerca de la aplicación automática de tal regla señalando que al final se trata de una cuestión de hecho, y por tanto habría que estar a la casuística concreta del caso. En un momento posterior, ante la disparidad de criterios en la doctrina se creía necesaria una aportación desde la Administración ante la incertidumbre, y en la consulta 1435-09⁴⁵ se reafirma tal criterio, permitiendo aunar la condición de socio y trabajador en régimen laboral común estableciendo lo siguiente:

Con arreglo a lo anterior, en el supuesto de que el socio que tenga derecho a percibir el premio de dedicación no mantenga una relación laboral con la entidad consultante, el abono del citado premio responderá a la relación societaria existente entre la sociedad y aquél, por lo que, con arreglo dispuesto en el artículo 14.1.a) del TRLIS, el gasto correspondiente a la indemnización pactada tendrá la consideración de retribución a los fondos propios y, en consecuencia, no tendrá la consideración de fiscalmente deducible a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁴ Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, núm. 1492-08, de 18 de julio de 2008 [Versión electrónica – base de datos de Iberley].

⁴⁵ Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, núm. 1435-09, de 18 de junio de 2009 [Versión electrónica – base de datos de Iberley].

No obstante, si el socio con derecho a percibir el mencionado premio mantuviese una relación laboral con la entidad consultante, el gasto correspondiente al mismo tendría la consideración de fiscalmente deducible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.3 del TRLIS, previamente transcrito, siempre y cuando se cumpliesen las condiciones legalmente establecidas, en cuanto estuviere retribuyendo al trabajo prestado por el socio a la sociedad.

3.2.3. El debate en torno al “cumplimiento de los requisitos mercantiles”

En paralelo, según relata Gloria Marín Benítez⁴⁶, la Dirección General de Tributos emite un informe el 12 de marzo de 2009, a modo de respuesta frente a la ya vista sentencia de noviembre de 2008. La DGT se posiciona de manera ciertamente contraria al criterio sentado por el Tribunal Supremo, indicando que *“Los gastos representativos de las retribuciones satisfechas a los administradores de sociedades mercantiles tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con la normativa vigente regulada en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuando los estatutos establezcan el carácter remunerado del cargo, aunque no se cumpliera de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil”*.

No obstante, y según señala la propia jurista⁴⁷, esa interpretación, que matiza los pronunciamientos anteriores, queda soterrada en la medida que la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo (por ejemplo, la Sentencia de la Sala 3ª de 2 de enero de 2014⁴⁸) se muestra imperativa respecto de la aplicación de la *“teoría del milímetro”*: *“resulta insólita (...) cualquier interpretación que sostenga que en esta materia no es exigible un escrupuloso cumplimiento de la legislación mercantil”* (Fundamento Jurídico 5)

⁴⁶ Marín Benítez, G., “El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las leyes 27/2014 y 31/2014”. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 2015, pp. 113-116

⁴⁷ Marín Benítez, G., “Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 353-354, 2012, pp. 5-40.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 142/2014, de 2 de enero de 2014. [Versión Electrónica – Base de datos de Vlex. ECLI:ES:TS:2014:142]

Por último, dicha sentencia tampoco queda exenta de crítica, y es que autores como García Novoa⁴⁹ señalan la rigidez del Tribunal Supremo a la hora de valorar estos gastos como no deducibles. Se apunta que el Alto Tribunal se ampara directamente en la normativa mercantil, sin tener en cuenta que en 1995 se reformó la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978 (usada en el caso Mahou) para eliminar el concepto de “gasto necesario” en pro de una visión más flexible del gasto contable⁵⁰. Consecuentemente, el autor entiende que la reforma podía dar pie a reformular esta visión, al haberse producido un cambio tan sustancial en el concepto de gasto necesario. Dicha posición, visible también en las SSTs de 26 de septiembre⁵¹ y 30 de octubre de 2013⁵², acerca de la *teoría del milímetro* no variaría hasta la introducción de las reformas de 2014, que se verán con ocasión de siguiente epígrafe.

Con respecto a esta última sentencia que se cita (del 30 de octubre de 2013) es defendible argumentar que el Tribunal Supremo “persigue” las retribuciones incluso con mayor intensidad que en el régimen ya expuesto. Así pues, valora el Alto Tribunal que las retribuciones de los consejeros deben ajustarse a unos parámetros de admisibilidad social o comercial. De esta manera, aplica el Tribunal una suerte de régimen de “operaciones vinculadas”⁵³ mediante el cual el exceso percibido por el administrador respecto de lo que puede llegar a valorar como una retribución razonable⁵⁴ va a ser considerado como una liberalidad, y por tanto no será deducible a efectos de Impuesto sobre Sociedades, pese a contar con todos los requisitos de precisión y certeza en los estatutos sociales.

⁴⁹ García Novoa, C. “De nuevo la teoría del vínculo. Y esta vez de la mano del Derecho de la Unión Europea”, *Taxlandia. PolíticaFiscal.Es*, Julio 2022. (Disponible en: <https://www.politicafiscal.es/equipo/cesar-garcia-novoa/de-nuevo-la-doctrina-del-vinculo-y-esta-vez-de-la-mano-del-derecho-de-la-union-europea>, última vez accedido 10/04/2023)

⁵⁰ Sanfrutos Gambín, E., *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General (Parte 1), Tomo 1*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1060-1070.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 4280/2013 de 26 de septiembre de 2013 [base de datos del Poder Judicial – ECLI:ES:TS:2013:4820]

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 5524/2013 de 26 de septiembre de 2013 [base de datos de Vlex]

⁵³ Me refiero al énfasis en supervisar de cerca los pagos de las empresas, recalificando dichos desembolsos con intención de evitar posibles fraudes de ley.

⁵⁴ Apunta Matorras la existencia e importancia *del principio de proporcionalidad, que subyace a la normativa mercantil en materia de remuneración de directivos*. Matorras Díaz-Caneja, A., *Op. Cit.*, p. 65.

4. LAS REFORMAS FISCALES Y MERCANTILES DE 2014

4.1. LA REFORMA DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

En 2014 se introduce la ahora vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Entre las muchas reformas y novedades legislativas que encontramos en la nueva ley hemos de fijar nuestro análisis en el artículo 15. En dicho artículo encontramos dos reglas que van a resultar esenciales de cara al posicionamiento de la nueva jurisprudencia.

El artículo 15.e) se introduce como una regla que parece intentar solucionar los problemas ya expuestos en los casos de los consejeros ejecutivos y la aplicabilidad de la *teoría del vínculo*. Algunos autores señalan que la reforma intenta disolver dicha teoría en sede fiscal, en detrimento de la *doctrina de los vasos comunicantes (supra)*. Comienza la letra e) del artículo 15 mencionando que las liberalidades no serán deducibles, pero en su párrafo tercero introduce una matización esencial, y es que “*tampoco se entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad.*”. Tras esta mención expresa a la casuística de las retribuciones a los consejeros delegados parecería resuelta la cuestión, después del aparente esfuerzo del legislador por redirigir la solución a través del marco normativo, ante la amplia y extensa crítica que estaba realizando la doctrina tributaria de la sentencia Mahou y los posteriores posicionamientos.

En paralelo, el artículo 15 también incluye una cláusula ciertamente genérica en su apartado f), que declara como no deducibles los “*gastos contrarios al ordenamiento jurídico*”. De una primera lectura se puede extraer que el legislador se refiere con este inciso a gastos como pueden ser los sobornos, favores o costes dedicados al establecimiento de conductas colusorias, entre otras. Ese es precisamente el sentido que pareciera tener en el anteproyecto de la ley, que utilizaba en el anteproyecto de concepto de gasto ilícito y que en tramitación parlamentaria fue transformado por “*contrarios al ordenamiento jurídico*”. Autores como Chico de la Cámara⁵⁵ entienden esto como un

⁵⁵ Chico de la Cámara, P., “Deducibilidad de las retribuciones de los administradores societarios en el IS & Contravención del ordenamiento jurídico”. *Revista Quincena Fiscal*, núm. 21, 2020, pp. 10-11.

elemento favorable de cara a la deducción de gastos, en la medida que el término ilícito comprende un mayor de comportamientos, entre ellos los inmorales.

4.2. LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Por su parte, hemos de profundizar en el ámbito del Derecho Societario. A través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se hacen las modificaciones pertinentes en materia de las retribuciones a los administradores sociales para coadyuvar en el asentamiento de jurisprudencia y seguridad jurídica. Según reporta García Gómez⁵⁶, la reforma se vio impulsada por el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creado en 2013 por acuerdo del Consejo de Ministros.

En primer lugar, se ha de clarificar que la presunción de gratuidad⁵⁷, contenida ahora en el artículo 217⁵⁸ de la Ley, no sufre variación alguna para aquellas sociedades que no ostenten la condición de cotizadas. Por otro lado, se modifica el régimen aplicable para las sociedades cotizadas, en pro de una regulación acorde a la realidad empresarial, y la creciente profesionalización del servicio prestado por los consejeros. Además, no está de más recordar que para las sociedades cotizadas se consagra el imperativo de ejercer la administración de la sociedad a través de un Consejo de Administración (art. 529 bis LSC)

Por otro lado, la novedad que aquí nos interesa tiene que ver con la redacción que se le da precisamente al artículo 217. La consecuencia natural de mantener el principio de gratuidad es la exigencia que, para que se considere retribuido, habrá de formalizarse en los estatutos. Pues bien, dispone el artículo 217.2 LSC que *“el sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales (...)”*. Muchos autores han señalado ese inciso final, y es que, pese a que se da una nueva redacción a la norma, subyace la misma problemática de manera previa a la reforma, que es si las funciones del consejero ejecutivo son inherentes a la condición de administrador.

Así pues, se pone de nuevo sobre la mesa la discusión acerca de la extensión de las funciones del administrador societario. Es claro, en virtud de las sentencias del Tribunal

⁵⁶ García Gómez, A.J., *Op. Cit.*, p. 86.

⁵⁷ *Vid.* Capítulo 3, Epígrafe 1.2 del presente ensayo *“Las retribuciones a los administradores no ejecutivos”*

⁵⁸ 217.1 LSC: *El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.*

Supremo que admitían la *doble vinculación* (laboral ordinaria y mercantil)⁵⁹, que las labores comunes y ordinarias van a quedar siempre exentas de dicha expresión. No obstante, cabe preguntarse si el legislador quería incluir o excluir las labores realizadas en concepto de alta dirección en su condición de administrador.

4.3. LA INTERPRETACIÓN DE DICHAS REFORMAS EN SEDE JUDICIAL

4.3.1. Los primeros posicionamientos jurisprudenciales

Señala Paz-Ares⁶⁰ que existieron numerosos pronunciamientos que reconocían rotunda la intención del legislador de diferenciar el régimen de remuneraciones de los consejeros con funciones de alta dirección respecto del resto de consejeros de control, entre ellas se señala la jurisprudencia registral⁶¹ o la jurisprudencia menor. Se muestra absoluta también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 30 de junio de 2017⁶² al respecto, cuyo párrafos 24 y 27, del Fundamento Jurídico 4 dejaré aquí reproducido:

El art. 249.3 y 4 establece un régimen propio de remuneración del consejero ejecutivo, separado del régimen general del art. 217, para el que no existe reserva estatutaria ni intervención de la junta en la determinación del importe máximo”

(...)

Este criterio se justifica más tarde recordando que “las funciones inherentes al cargo del administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración (...) La función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación de facultades o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una

⁵⁹ No me refiero a la *doctrina de la doble vis*, o del *doble vínculo*, que permite a la coexistencia pacífica del vínculo laboral especial y el de administrador (*Vid.* Capítulo 2, epígrafe 2.2 del presente ensayo), si no a la coexistencia del vínculo laboral ordinario y administrador (Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso núm.. 411/2013, de 9 de abril, *Op. Cit.*)

⁶⁰ Paz-Ares Rodríguez, C. “Perseverare Diabolicum”. *Indret*, abril, 2018, pp. 6-7.

⁶¹ Se hace referencia a las Resoluciones de la Dirección General de Registros de 30 de Julio de 2015 (RJ 2015/4249), 10 de mayo de 2016 (RJ 2016\3014) o de 17 de junio de 2016 (RJ 2016\4008).

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sala de lo Civil núm.. 295/2017, de 30 de junio [versión electrónica - base de datos de Vlex. ECLI:ES:APB:2017:5446].

función inherente al cargo de consejero como tal. Es una función adicional que nace de la relación jurídica añadida (...) que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero

Según reporta Paz-Ares ⁶³, la jurisprudencia y doctrina se había postulado mayoritariamente a favor de otorgar ese régimen propio para los consejeros ejecutivos, lo que necesariamente deriva en la disolución de la teoría del vínculo, al menos en sede fiscal, debido al mandato legal que suponen las novedades introducidas en los artículos 217.2 LSC y 15.e) LIS. También es valioso el trabajo de Francisco José León⁶⁴, que desarrolla lo siguiente:

“El objetivo de la reforma es establecer una clara diferenciación entre supuestos en los que las funciones ejecutivas son desempeñadas por los consejeros delegados y el consejo de administración pasa a tener fundamentalmente una función de supervisión, de los demás modos de organizar la administración en las sociedades de capital”

Así pues, encontramos un periodo pacífico tras la introducción de las reformas donde parecía definitiva la solución aparentemente dada por el legislador. No obstante, dicho periodo transitorio se termina tras la intervención de Tribunal Supremo en Sentencia de 2018.

4.3.2. La recepción de las novedades legislativas en el Tribunal Supremo

Tras la reforma de sendas regulaciones, comienzan las batallas judiciales en el plano de la empresa con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, llegando al Tribunal Supremo, que en Sala de lo Civil resuelve en fecha de 26 de febrero de 2018⁶⁵ acerca de

⁶³ Paz-Ares, C., “Perseverare...”, *Op. Cit.*, p. 8.

⁶⁴ León Sanz, F.J., “La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, s.p.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Civil núm.. 98/2018, de 26 de febrero [versión electrónica - base de datos de Vlex].

las retribuciones de los consejeros en apelación de la anteriormente citada SAP de Barcelona de 30 de junio de 2017.

Pese a que en el trasfondo de la problemática no se encuentra la deducibilidad del gasto en el IS, dicha sentencia se postula como esencial para el posterior desarrollo jurisprudencial que sigue, debido a las implicación de la *teoría de los vasos comunicantes* entre jurisdicciones del Alto Tribunal, y más en relación con la *teoría del vínculo*.

Como se adelantaba, el Tribunal Supremo, en un razonamiento criticado por algunos juristas, se despega de la interpretación que se venía haciendo tras la reforma, y trae de vuelta la teoría del vínculo. Recordemos que al ser Sala de lo Civil, nuestro Alto Tribunal va a interpretar únicamente las reformas de la LSC, en concreto el inciso que se hace en el artículo 217.2 “*en su condición de tales*”.

Esta frase sirve como piedra angular en la construcción argumental del Tribunal Supremo, en una interpretación más cercana a la interpretación sistemática⁶⁶ que a la teleológica. Aduce en la sentencia que del ordenamiento jurídico español no se puede derivar que el sentido de la frase *en su condición de tales* pueda traer consigo una diferenciación entre el régimen para administradores ejecutivos y de control. Así pues, vuelve el Tribunal Supremo a poner el foco sobre la problemática anteriormente expuesta alrededor de qué incluyen las funciones de administrador y qué no.

Recordemos que del espíritu de la teoría del vínculo se extrae que su extensión es de carácter subjetivo. Por tanto, una vez se confirma la superposición de la relación orgánica, no se debe diferenciar entre las retribuciones, independientemente de su carácter laboral de alta dirección o mercantil. Así pues, resuelve nuestro Alto Tribunal conforme a los siguientes parámetros:

La «remuneración de los administradores», y su apartado primero exige que los estatutos sociales establezcan, si no se quiere que el cargo sea gratuito, el carácter remunerado del mismo y determinen el sistema de remuneración del «cargo de administrador». El precepto no distingue entre distintas categorías de administradores o formas del órgano de administración. En concreto, cuando se trata de un consejo de administración, no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos.

⁶⁶ Paredes, V. E. *Métodos de interpretación Jurídica*, 2011, pp. 41-43.

Por tanto, este precepto exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, cuestión objeto de este recurso, para todo cargo de administrador, y no exclusivamente para una categoría de ellos.

(...)

Y, especialmente, la tesis de la desaparición de la reserva estatutaria para la remuneración de los consejeros ejecutivos contradice la afirmación del preámbulo de la ley respecto del nuevo régimen legal de las remuneraciones de los administradores sociales: «la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital». (FJ Sexto)

Consecuentemente, optan los magistrados del Tribunal Supremo una interpretación más conforme a la *doctrina del vínculo*, por ser tratar al unísono y de manera homogénea a todos los administradores, en atención al vínculo con la sociedad, y no a las funciones realizadas, aunque en detrimento de un posible mandato legislativo de disolver la teoría del vínculo⁶⁷

En conclusión, se establece prácticamente el mismo régimen de deducibilidad que de manera previa a 2014, con pocas novedades también en lo relativo al cumplimiento de los requisitos mercantiles de claridad y precisión. Las retribuciones de los consejeros en sus funciones ejecutivas deberán quedar reflejadas en los estatutos, y con suficiente claridad y precisión, ya que va a quedar enmarcada en esa relación mercantil con la sociedad. A estos efectos, cabe recordar que estos requisitos de la *teoría del milímetro* no solo se aplican entonces para la retribución genérica de los consejeros, sino también para el “plus” que se le quiera dar al administrador por razón del desempeño de las funciones alta dirección. Esta

⁶⁷ Alfaro Águila-Real, J. “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”. *Almacén del Derecho*. (Disponible en: <https://almacenderecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales>, última consulta 04/04/2023)

situación concreta (algo común en la práctica según reporta Pedreño López⁶⁸) es precisamente la tratada en la presente sentencia.

4.4. EL POSICIONAMIENTO DEL TEAC Y LA AEAT

La anterior sentencia de nuestro Alto Tribunal tomó por sorpresa a la mayoría de juristas, que había visto en las reformas un claro mandato legislativo en detrimento de la teoría del vínculo. No obstante, el objeto que nos interesa es la deducibilidad del gasto, y parece ciertamente insalvable el mandato *ad hoc* del párrafo tercero en el artículo 15.e) LIS, que declara taxativamente que las retribuciones de los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección no podrán considerarse como liberalidades. Así pues, pese a que una retribución no cumpla los requisitos mercantiles de claridad y precisión no podría considerarse como liberalidad.

Es en ese momento donde entra en juego el Tribunal Económico Administrativo Central y la interpretación que realiza del gasto realizado por la empresa en concepto de retribuciones a los consejeros ejecutivos. El posicionamiento del TEAC es claro en esta materia, y podemos citar las de fecha 8 de octubre de 2019⁶⁹ y 17 de julio de 2020⁷⁰, que resuelven ambas de la misma manera.

Debemos partir del ya citado artículo 15.f), que niega la deducibilidad de aquellos gastos contrarios al ordenamiento jurídico. Pues bien, tras el legislador haber cerrado la puerta de la calificación de dicho gasto como liberalidad, entiende el Tribunal que los gastos nacidos de las percepciones de los administradores ejecutivos sin cobertura estatutaria (es decir, sin cumplimiento de los requisitos mercantiles) son contrarios al ordenamiento jurídico, por incumplir los principios anteriormente descritos en la LSC.

Así pues, algunos autores⁷¹ calificaron dicho posicionamiento del TEAC como un *tándem* que permitió a la Administración Tributaria seguir con la misma dinámica que antes de las reformas. La primera pata, basada en el mantenimiento de la teoría del vínculo

⁶⁸ Pedreño López, C. “Aspectos Jurídicos y Tributarios de la Remuneración a los Administradores”. Universitat de Rovira y Virgili. Tesis Doctoral, 2017, p. 228.

⁶⁹ Resolución del Tribunal Económico Administrativo, sala primera, R.G., 5548/2018, de 8 de octubre de 2019 [versión electrónica - base de datos del Centro de Estudios Financieros]

⁷⁰ Resolución del Tribunal Económico Administrativo, sala primera, R.G., 3156/2019, de 17 de julio de 2020 [versión electrónica - base de datos del Centro de Estudios Financieros]

⁷¹ *Cfr.* Chico de la Cámara, P., *Op. Cit.*

(recordemos en Sala de lo Civil del TS) y en la aplicación del mismo régimen independientemente de la clase de administrador, y la segunda pata, apoyada en la calificación de dichos gastos como contrarios ordenamiento jurídico, gracias a la persistencia de la teoría del vínculo.

Este criterio es doctrina sentada por el TEAC, y criterio vinculante para la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la hora de rectificar las autoliquidaciones del Impuesto sobre Sociedades, y que persiste a día de hoy.

Por su parte, el posicionamiento de la Dirección General de Tributos es ciertamente equidistante. Podría argumentarse que no existe posicionamiento real de la DGT, y es que en su consulta de V0625/2021⁷² hace una referencia genérica a la exigencia del “cumplimiento de las condiciones establecidas a efectos mercantiles”⁷³. Pese a que no entra a evaluar qué condiciones mercantiles o en qué grado han de cumplirse, parece una fórmula favorable para el *statu quo* sentado por el Tribunal Supremo y el Tribunal Económico Administrativo Central, en la medida que no existe oposición alguna o expresión que permita deducir la disconformidad de dicho organismo.

4.5. LAS NOVEDADES DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Recientemente, el mundo tributario español está viendo como la Audiencia Nacional se está desmarcando del sendero marcado por el Tribunal Supremo y el TEAC, posicionándose en diferentes sentencias en contra de la intensidad aplicativa de la teoría del vínculo y del cumplimiento de los requisitos mercantiles en el contexto de las retribuciones a los consejeros ejecutivos.

⁷² Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, núm. 0625-21, de 17 de marzo de 2021 [Versión electrónica – base de datos de Iberley].

⁷³ *vid. De acuerdo con lo anterior, los gastos relativos a las retribuciones a los socios en su condición de trabajadores serán gastos fiscalmente deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades, siempre que cumplan las condiciones legalmente establecidas a efectos mercantiles y laborales, respectivamente, así como los requisitos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo y justificación documental, previamente señalados*

4.5.1. Acerca del cumplimiento de los requisitos mercantiles

La Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso-Administrativo, emitió Sentencia en fecha 11 de enero de 2023⁷⁴. En dicha Sentencia se flexibiliza en gran medida las exigencias doctrinales de precisión y certeza. Echando la vista atrás, recuerda uno que la sentencia Mahou negaba la deducibilidad de los gastos por ser el sistema de retribución a los consejeros demasiado generalista (los estatutos contenían una regla que indicaba la cuantía máxima, para después fijarla en Junta General). Pues bien, en un caso con cierta identidad, la Audiencia Nacional esgrime que el acuerdo en Junta General es suficiente⁷⁵ junto con esta regla de límite máximo contenida en los estatutos. Dispone lo siguiente en su Fundamento Jurídico Segundo:

No es preciso por lo tanto que los estatutos especifiquen una cuantía concreta o (...) especifiquen un porcentaje concreto, siendo válido, sin embargo, que fijen un límite máximo a la Junta, pues en un caso como el de autos, la mayor flexibilidad beneficia, no perjudica, al accionista.

En nuestra opinión, si partimos de los estatutos y de una lectura de los mismos acordes con la finalidad buscada por la norma, nos parece que la Administración incurre en una interpretación en exceso rígida. En efecto, el sistema retributivo se encuentra definido en los estatutos, se establece un límite máximo y se deja la cuantificación a la Junta en cada ejercicio, la Junta ha aprobado y cuantificado las concretas retribuciones (...). No vemos pues que se hayan menoscabado las garantías de los socios, ni que haya existido impugnación alguna de los acuerdos de la Junta.

Por todas estas razones consideramos que, siendo conforme a Derecho la retribución pactada, estamos ante un gasto deducible.

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso núm. 368/2023, de 11 de enero [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:AN:2023:368].

⁷⁵ Entiende la Audiencia Nacional que la regla del artículo 220 LSC refleja la intención del legislador de permitir un sistema más flexible de retribuciones en los Estatutos. Vid. *En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general.*

4.5.2. La interpretación finalista y el abuso de formalidad

En fecha anterior, la Audiencia Nacional, en sentencia del 3 de octubre de 2022⁷⁶ presentó una solución *ad hoc* para una controversia nacida a raíz de las retribuciones del consejero ejecutivo de una sociedad. Fuera del análisis del cumplimiento de los requisitos mercantiles, que siguen esa tendencia a flexibilizar la *teoría del milímetro*, la AN realiza una interpretación sumamente finalista de la teoría del vínculo.

En el inicio del presente ensayo se recordaban las palabras de Sebastián Sastre Papiol, que acerca de la finalidad de la teoría del vínculo, que en última instancia no es otra que “proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión”⁷⁷.

Pues bien, se presenta un caso particularmente interesante donde el administrador único de la sociedad prestaba, de manera previa a su nombramiento como administrador, servicios a la sociedad en concepto de alta dirección. Dicho contrato fue prorrogado directamente por el socio único tras su nombramiento como Administrador, y la retribución quedó exactamente igual. Ello, sumado a la participación activa que tuvo el socio en la prorrogación de dicha retribución, dejaba entrever que realmente no hay accionista que proteger o que se pudiese ver sorprendido por la posibilidad de autocontratación de un consejero ejecutivo.

Falla entonces la Audiencia Nacional en favor de la deducibilidad del gasto, en la medida que dicho salario responde única y exclusivamente a las funciones de alta dirección, y que la existencia de una superposición de funciones no puede derivar genéricamente en la aplicación de la *teoría del vínculo*.

Estableciendo como premisa la ineficacia de la *teoría del vínculo* para proteger al accionista para el caso concreto, la Audiencia Nacional aduce que la obligación de retribuir mediante Estatutos pasa a ser una mera formalidad. No puede ser este entonces un gasto contrario al ordenamiento jurídico, ya que de lo contrario estaríamos ante un abuso de formalidad.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso núm. 4786/2022, de 3 de octubre [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:AN:2022:4786].

⁷⁷ Vid. Capítulo 2, Epígrafe 2.3 del presente ensayo “Justificación (de la teoría del vínculo)”

En un primer vistazo, esta sentencia puede parecer bastante específica al atender a una casuística concreta y difícilmente replicable. No obstante, es de una trascendencia vital, ya que los posicionamientos del Tribunal Supremo de 2008 y 2018 traían la consecuencia necesaria de la absorción genérica de la relación mercantil sobre la laboral. Tras el pronunciamiento de la Audiencia Nacional se genera un precedente de excepción a la aplicación automática de la *teoría del vínculo*. Además, cabe recordar que no estamos ahora en la clásica discusión acerca de la delimitación de las funciones alta dirección y trabajos ordinarios⁷⁸, ya que la Audiencia Nacional reconoce que las labores de dicho administrador son de alta dirección.

Parece ser que esta interpretación que realiza la Audiencia Nacional es verdaderamente conforme al espíritu de la *teoría del vínculo*, en cuanto que es capaz de identificar el propósito para la que fue concebida en el ámbito de la jurisdicción social, y trasladar ese ánimo de proteger a accionistas y socios, y salvaguardando sus derechos frente al uso ilícito de las potestades del administrador ejecutivo.

⁷⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado. “Resolución de 12 de abril de 2002...”, *Op. Cit.*

5. RECAPITULACIONES FINALES

5.1. RÉGIMEN DE LOS ADMINISTRADORES

Pues bien, parece que el régimen de deducibilidad fiscal aplicable a las retribuciones de los consejeros ejecutivos a día de hoy es bastante difuso, y no existe un acuerdo intra disciplinar que permita aseverar con rotundidad cuál es. Principalmente tenemos el posicionamiento del TEAC y del Tribunal Supremo, frente a la reciente interpretación finalista de la norma que ha ido haciendo la Audiencia Nacional. Por otro lado, no faltan pronunciamientos de diverso tipo por parte de otros tribunales, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,⁷⁹ que apenas un mes después de la SAN del 3 de octubre⁸⁰ reafirmaba la necesidad de la fijación de las retribuciones de los consejeros delegados en los estatutos sociales.

Así pues, el régimen de los consejeros no es claro, pero en general podemos observar una tendencia a flexibilizar la inicial rigidez con la que las sentencias Mahou irrumpieron, en la medida que la jurisprudencia posterior (incluso del Tribunal Supremo, según Chico de la Cámara⁸¹) viene matizando (aunque no eliminando) la *teoría del milímetro*.

En cuanto a la posición del consejero ejecutivo, esta inseguridad es doble, en cuanto que la falta de consistencia acerca de la persistencia de la *doctrina del vínculo* necesariamente deriva en incertidumbre acerca de si le será de aplicación la *teoría del milímetro*, como al resto de consejeros (es decir, la existencia de un mismo régimen para todos los consejeros).

5.1.1. Acerca de los administradores de hecho

Interesante es también la dirección que están tomando los tribunales españoles acerca de la retribución de aquellos asalariados que ejercen las labores de administración de la empresa. Es bastante ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sala de lo Contencioso, núm. 475/2022, de 3 de noviembre [versión electrónica - base de datos de VLex. ECLI:ES:STSJM:2022:475].

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso, núm.4786/2022, *Op. Cit.*,

⁸¹ Chico de la Cámara, P., *Op. Cit.*, pp. 6-7.

La Mancha, que en su sentencia de 30 de junio de 2022⁸² precisamente trata la problemática.

Así pues, aduce el Tribunal que la posición de la empleada como “Auxiliar Gerente” no impide que dichas funciones puedan hacerse en régimen de laboralidad. En cierta manera, el Tribunal recuerda que la condición de administrador no se puede presumir, sino que se somete al nombramiento por parte de la Junta General. Se infiere por tanto que la teoría del vínculo existe solamente en la superposición de relaciones, pero no cuando concurra simple laboralidad, pese a las pretensiones de la Agencia Tributaria de presumir una relación orgánica.

Se puede señalar que el legislador imprime su intención de que así sea, a través del artículo 217.2 LSC. De haber optado por la expresión “*en sus funciones*” en lugar de “*en su condición*”, existiría la posibilidad de incluir a los administradores de hecho, en la medida que son las mismas las funciones. Es decir, las labores realizadas por un administrador de hecho tienen el mismo carácter cualitativo que las de uno nombrado en Junta General.

5.2. RÉGIMEN DE LOS SOCIOS

Sin intención de entrar en la problemática acerca del reparto de dividendos, cabe destacar que la falta de notas de ajenidad y dependencia en un socio no son obstáculo para que se retribuya al mismo por el desempeño de funciones que puedan asociarse al régimen común de la Seguridad Social. Así pues, el Tribunal Supremo⁸³ ha establecido que el salario abonado por la sociedad a un socio mayoritario va a resultar deducible cuando exista una asociación con la generación de ingresos:

“En casos como el que nos ocupa, evidentemente, nadie puede pretender que, quien realice la actividad o preste el servicio se desprenda o abstraiga de su condición de socio, accionista o participe, razón por la que, el acento deberá ubicarse en la realidad y efectividad de la actividad desarrollada, más que en la condición de socio, accionista o participe de quien la realiza”

⁸² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en Sala de lo Contencioso, núm. 2213/2022, de 30 de junio [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:STSJCLM:2022:2213].

⁸³ En Sentencias del 6 y 11 de julio de 2022, nuestro Alto Tribunal admitió la deducibilidad de dichos gastos.

Con mayor razón, no pareciera que hubiese problemas para el mismo caso en situaciones en las que el socio sea minoritario. Un argumento *a fortiori* nos muestra que precisamente las notas laborales de dependencia y ajenidad son inversamente proporcionales a la participación en el Capital Social de una empresa, y que por tanto no debería haber mayor problema. Precisamente, la postura mantenida en la ya citada STSJ de Castilla-La Mancha del 30 de junio de 2022 sostenía la irrelevancia de la condición de socio minoritario (una participación del 30%) para la administradora de hecho, cuyo salario resultó deducible.

5.3. CRÍTICAS AL SISTEMA

5.3.1. El uso de las sanciones

En primer lugar, es de cierta preocupación para diferentes juristas de reconocido prestigio⁸⁴ o los autores de la declaración de Granada⁸⁵ la utilización tan intensiva y extensiva de sanciones anudadas a las propuestas de liquidación relativas a la retribución de administradores. Sin entrar al detalle, se ha de destacar que la concurrencia de negligencia es esencial en la imposición de sanciones en materia tributaria (*ex art.* 183⁸⁶ LGT). En la misma línea se ha edificado jurisprudencialmente la aplicación parcial de la mayoría de los principios penales en la potestad sancionadora de la Administración, entre los cuales se ha de destacar el principio de concurrencia y culpabilidad (SSTS de 4 de noviembre de 1980, de 26 de octubre de 2016, y de 1 de diciembre de 2021, entre otras muchas⁸⁷).

⁸⁴ Pedreira Menéndez, J., *Op. Cit.*, pp. 107-108.

⁸⁵ Declaración de Granada”. AEDAF, 18 de mayo de 2018. (Disponible en: [https://www.aedaf.es/Plataforma/DOC20180521_Documento%20Granada%20\(18%20mayo%202018\).pdf](https://www.aedaf.es/Plataforma/DOC20180521_Documento%20Granada%20(18%20mayo%202018).pdf), última vez consultado 04/03/2023)

⁸⁶ 183.1. *Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley.*

⁸⁷ Citando la más reciente, “*Concretamente, en lo que a infracciones tributarias se refiere, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 164/2005, ha establecido que no existe un régimen de responsabilidad objetiva, sino que en esta materia rige el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente (...). Así, a pesar de haberse confirmado la existencia de simulación, resulta necesario analizar la conducta particular del sujeto pasivo con el objetivo de poder determinar, en cada caso, la existencia o no de los elementos subjetivos requeridos legalmente para la imposición de la sanción tributaria.* Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 4536/2021 [versión electrónica – base de Datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2021:4536]

Así pues, se precisa de un elemento de voluntariedad en la acción contraria al ordenamiento jurídico (imputable a título de dolo o negligencia) para proceder a la sanción, que es cuestión distinta a la regularización. Parece entonces de poca justicia la gran cantidad de sanciones que han ido acompañando a las regularizaciones de la Agencia Tributaria, en lo relativo a la deducibilidad de este gasto, que exige una ardua labor interpretativa para su correcta valoración y cuyos preceptos legales no se expresan con rotundidad y claridad. Consecuentemente, parece difícilmente justificable a título de negligencia (y aún menos dolo) la interpretación incorrecta de una norma cuya interpretación es tan laboriosa que varios organismos especializados han llegado a diferentes conclusiones.

5.3.2. La omisión del mandato legislativo

Ciertamente, esta es una de las críticas más extendidas entre los juristas, y es que parecía que las reformas de 2014 apuntaban en una dirección concreta, y se preveía ya la diferenciación de regímenes para los consejeros ejecutivos y los de control. No obstante, la aparición de la sentencia del Tribunal Supremo de 2018 y las posteriores interpretaciones que ha venido haciendo el TEAC no fueron bien recibidas por la doctrina en términos generales, por ir a contracorriente de la interpretación más previsible de la norma.

En primer lugar, y en un plano teórico general, considera De Val Tena⁸⁸ que la aplicación de la teoría del vínculo vacía de contenido el artículo 1.3.c) ET, que establece la exclusión para aquella “*actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero (...) siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*”. Se argumenta que de haber querido el legislador la exclusión de la laboralidad para los consejeros ejecutivos, no habría necesidad de establecer la precisión anteriormente mencionada para la exclusión, en la medida que de haberse querido que englobe a todos los administradores bastaría con una referencia genérica al concepto de administrador.

⁸⁸ De Val Tena, A., “consejero delegado y alto directivo: sobre la incompatibilidad de simultanear en la misma empresa dos cargos directivos” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 78/2013 p. 203.

En paralelo, de la obra de Pedreira Menéndez⁸⁹ se extrae que, en un análisis de la intención legislativa, podría argumentarse que al no ser preceptivo el establecimiento de administradores en su función ejecutiva, no es plenamente identificable como función inherente al cargo de administrador las labores de alta dirección, en la medida que no es un régimen que se contemple en todas las empresas. De tomarse como cierta esta premisa, habría entonces que disolver la *teoría del vínculo*, pues parte de la base que las facultades de gestión de un administrador incluyen las de alta dirección.

Por último, y a modo conclusivo de este apartado, parece también interesante hacer notar, según relata Alfaro⁹⁰, que en ojos de juristas de renombre como Juste y Campins, Paz-Ares, Recalde, Segismundo Álvarez o el propio Jesús Alfaro, la novedad del artículo 217.2 LSC implicaba un mandato por parte del legislador para construir una distinción entre ambas categorías de administradores, estableciendo regímenes separados. Frente a esta visión se opuso la doctrina minoritaria, y posteriormente la STS de 26 de febrero de 2018, que fue objeto de efusiva crítica.⁹¹

5.3.3. El distanciamiento respecto de la realidad económica

Por último, considero importante comentar las reflexiones del profesor Paz-Ares⁹², maestro de Derecho mercantil y voz crítica frente a la aplicación de la teoría del vínculo. El mismo se pregunta en qué momento los tribunales españoles se encontraban tan alejados de la práctica empresarial que se plantearon si estas retribuciones por el desempeño de un trabajo plenamente laboral no eran identificables como deducible. Desde un plano económico, la argumentación sostenida por el catedrático es totalmente válida y legítima, y es que carece de sentido despojar de la laboralidad (y por tanto de la deducción en el IS) a una labor que, de hacerse en una sociedad en la que no se es administrador, sí gozaría de deducibilidad.

En la línea que se comenta, podemos citar la obra de Matorras Díaz-Caneja⁹³, que relata cómo algunos Tribunales optaron por hacer decaer la teoría del vínculo cuando los administradores quedaban *funcionalmente subordinados de hecho a los directivos de las*

⁸⁹ Pedreira Menéndez, J. *Op. Cit.*, p. 107

⁹⁰ Alfaro Águila-Real, J. *Op. Cit.*

⁹¹ *Cfr.* Paz-Ares Rodríguez, C. “Ad impossibilia...” *Op. Cit.*

⁹² Paz-Ares Rodríguez, C. “Perseverare...”, *Op. Cit.*, pp. 30-32.

⁹³ Matorras Díaz-Caneja, A. *Op. Cit.*, pp. 68-70

sociedades dominantes y constreñidos por sus decisiones ya que se veía restringida la capacidad de actuación como altos directivos en la sociedad que dirigen, ostentando poderes meramente instrumentales. Pues bien, trasladando este razonamiento al régimen tributario, resulta artificioso que un elemento de la casuística empresarial como es la existencia de una matriz de control tenga la importancia y entidad suficiente como para hacer decidir acerca de la deducibilidad de estas retribuciones de los consejeros ejecutivos, debido a que el régimen aplicable se sustenta en la aplicación de la teoría del vínculo.

En paralelo, también ha realizado críticas el catedrático César García Novoa⁹⁴, que argumentaba que la introducción de la teoría del vínculo como una propuesta de exclusión de laboralidad era directamente contraria al tejido empresarial principal del país, como son las Pequeñas y Medianas Empresas, en la medida que el contenido de las prestaciones del socio-administrador en empresas de este carácter no está claramente delimitado, y la falta de asesoramiento en ese sentido iba a conllevar directamente el incumplimiento de los requisitos de claridad y precisión en los estatutos, decayendo su deducibilidad y suponiendo un gravamen notoriamente injusto para estas empresas.

⁹⁴ García Novoa, C., *Op. Cit.*,

6. CONCLUSIONES Y VALORACIONES PERSONALES

Por un lado, uno debe pararse a pensar en las implicaciones de la utilización de esta teoría del vínculo dentro del ámbito tributario, pero fuera del Impuesto sobre Sociedades. Como se extrae la STS de noviembre de 1988 en sala social (Caso Huarte), la relación mercantil absorbe a la laboral, y como se ha visto, en la sentencia Mahou lo hacía respecto de la totalidad de renta percibida, como regla general, debido al carácter inherentemente subjetivo de la renombrada teoría.

Cabe preguntarse entonces cuál es el fundamento del desajuste en la tributación de estas remuneraciones de los consejeros delegados a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la medida que a ojos del Impuesto sobre Sociedades se restringe su deducibilidad (por su condición de mercantilidad) al tiempo que soporta retenciones de la Seguridad Social y tributa como rentas del trabajo a efectos del IRPF (por su condición de laboralidad). Esta parece una falta de coherencia bastante grave dentro del ordenamiento tributario, y a mi parecer debe ser objeto de crítica, ya que podría uno argumentar que los organismos tributarios han renunciado a aplicar en su totalidad la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en pro de un interés recaudatorio⁹⁵. Como se señalaba anteriormente en el ensayo, García Novoa⁹⁶ utilizaba acertadamente la expresión “exclusión del vínculo laboral” para definir la teoría del vínculo. Pues bien, parece cuanto menos parcial extender los efectos de esa exclusión de laboralidad solo en el marco del Impuesto sobre Sociedades.

A esta reflexión cabe añadir que esta forma de tributación (como rendimientos del trabajo) es y ha sido práctica común durante todos estos años de litigiosidad, independientemente de que se esgrimiese la idea de las retribuciones como liberalidades o gastos contrarios al ordenamiento jurídico.

Por el otro lado, en mi opinión, es valiosa la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en aplicación de la teoría laboral de la absorción en sede fiscal en la medida que solidifica uno de los principios más importantes de cara a las construcciones legales y jurisprudenciales, que es la coherencia, a través de la utilización de la doctrina de los vasos comunicantes⁹⁷. Desde mi punto de vista, puede ser beneficioso recurrir a la

⁹⁵ *Ex* art. 17.2.e) LIRPF, las retenciones por este tipo de prestaciones estarán sometidas a un 42% de retención.

⁹⁶ García Novoa, C., *Op. Cit.*,

⁹⁷ García Gómez, A.J., *Op. Cit.*, pp. 75.

jurisdicción social, puesto que, además de capitalizar sobre el conocimiento técnico en la materia que venía desarrollándose, demuestra lo interconectadas que se encuentran las jurisdicciones en sus pronunciamientos. En mi opinión, podría haber sido un hito importante de cara a la seguridad jurídica, en cuanto que existen menos trabas para el ciudadano de a pie para conocer la aplicación de las normas, unificando doctrina y aportando principios y razonamientos transversales a las jurisdicciones.

No obstante, esta coherencia inter-jurisdiccional se ve totalmente eclipsada en la medida que el ordenamiento tributario no es coherente en su autonomía, puesto que, como ya se ha visto, las remuneraciones soportan un doble gravamen, a mi modo de ver injusto. Ante esta encrucijada, es claro que es conveniente reformular la visión sobre estas remuneraciones, bien desde el punto de vista jurisprudencial (en el mismo sentido que apuntan las recientes sentencias de la Audiencia Nacional) o a través de una nueva reforma del ordenamiento tributario, de manera que se ofrezca un tratamiento integral y coherente con dos principios estructurales en materia tributaria como son los de no confiscatoriedad y capacidad económica⁹⁸. Consecuentemente, y derivada de la gravedad de esta situación notoriamente abusiva, a mi parecer, los tribunales han ido tendiendo a abrir la mano, en la misma dirección que apuntaba el legislador en la reforma de la LIS y la LSC de 2014, flexibilizando la deducibilidad de las remuneraciones en detrimento del espíritu de la teoría del vínculo, así como suavizando los requisitos de certeza y precisión que exigió en un primer momento el Tribunal Supremo a través de las sentencias Mahou.

A nivel de valoración personal creo también relevante hacer una crítica acerca de lo artificioso que resultan para un iniciado al Derecho las justificaciones dadas tanto por el TEAC como por el Tribunal Supremo para hacer perdurar aquellos factores limitantes de la deducibilidad del gasto. A este respecto parece que desde el punto de vista argumentativo son absolutamente lógicos los razonamientos del Tribunal Supremo en la sentencia Mahou. No obstante, creo que estos esfuerzos argumentativos quedan menoscabados desde un plano general del Derecho, ya que las soluciones que ofrece la

⁹⁸ Dichos principios son mandato constitucional, *ex. art. 31.1 CE: Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.* Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

aplicación de la teoría del vínculo y del milímetro parecen poco coherentes con las realidades empresariales y jurídicas⁹⁹.

En esa misma línea, y poniendo el foco en el propio ordenamiento fiscal, se podría argumentar que el concepto de gasto sirve a menudo como un “comodín” para los tribunales. Así pues, aducía el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de marzo de 2021¹⁰⁰ *“que serán deducibles todos aquellos gastos realizados a título gratuito (...) que se encuentren correlacionados con la actividad empresarial por estar tendencialmente dirigidos a mejorar el resultado empresarial, aunque sea de manera indirecta o futura y no inmediata”*. Parece poco coherente afirmar con tal rotundidad la relación entre gasto deducible y actividades tendentes a mejorar resultado empresarial al mismo tiempo que las retribuciones de los consejeros ejecutivos se veían desprovistas de una deducción que, atendiendo a la más pura lógica empresarial, están destinados a mejorar los resultados de la sociedad y no se tratan de una liberalidad, ni mucho menos de un gasto contrario al ordenamiento jurídico, con independencia del cumplimiento de los requisitos mercantiles.

En paralelo, y desde el punto de vista contable, la Administración vendría aceptando virtualmente el carácter deducible de los pagos a los administradores. Así, en la respuesta a consulta publicada en el BOICAC número 21, de 30 de abril, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas¹⁰¹, señala que *“desde el punto de vista económico, la retribución de los administradores de una sociedad es un gasto más necesario para poder obtener los ingresos correspondientes de la misma», y que, por tanto, han de reflejarse en la cuenta de pérdidas y ganancias”*. En esa misma línea, el TEAC¹⁰² aceptó que la retribución de una empresa hacia los componentes del consejo de administración se configuran como gasto necesario para la obtención de los ingresos, por lo que no se podría negar su relación con los mismos. Naturalmente, llegamos a la misma conclusión que en párrafos anteriores, y es que la necesidad del gasto, lejos de ser un concepto estable

⁹⁹ Me refiero a la consideración de dichos gastos como liberalidades o gastos contrarios al ordenamiento jurídico. Parece claro que dichas clasificaciones demuestran cierta ajenidad por parte de los Tribunales respecto de la realidad económica de una empresa, cuyo gasto se produce en el seno de la sociedad con dirección a mejorar los ingresos.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 1233/2021, de 30 de marzo de 2021, [versión electrónica – base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2021:1233]

¹⁰¹ Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, núm. 21, de 30 de abril de 1995, [versión electrónica – base de datos del ICAC]

¹⁰² Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, núm. 7329/2003, de 14 de septiembre de 2006 [versión electrónica - base de datos de Iberley].

desde un punto de vista jurídico, es excesivamente maleable, en detrimento sustancial de la seguridad jurídica.

Finalmente, desde mi punto de vista, habría sido valioso conocer la aportación de nuestro Alto Tribunal a fecha de entrega de este ensayo, que sigue deliberando los casos admitidos a trámite. A nivel personal lamento que no sea así, puesto que la visión de tal órgano resulta imprescindible para realizar un análisis jurisprudencial con la certeza y seguridad de que tal doctrina va a tener cabida en un futuro próximo. Destacar cabe, que, con efectos en la seguridad jurídica, los cambios de posición de la Audiencia Nacional apenas son vinculantes, en la medida que no constituyen doctrina (como sí lo hacen las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo) ni tampoco son vinculantes para la Administración Tributaria (como sí son las resoluciones dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. LEGISLACIÓN

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24 de marzo de 1995).

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

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 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).

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE 27 de diciembre de 1989).

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).

7.2. JURISPRUDENCIA

7.2.1. Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso núm. 4786/2023, de 3 de octubre [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:AN:2022:4786].

Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso núm. 368/2023, de 11 de enero [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:AN:2023:368].

Sentencia de la Audiencia Nacional, en Sala de lo Contencioso núm. 2965/2005, de 2 de junio de 2005 [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial ECLI:ES:AN:2005:2965].

7.2.2. Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sala de lo Civil núm. 295/2017, de 30 de junio [versión electrónica - base de datos de Vlex. ECLI:ES:APB:2017:5446].

7.2.3. Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Dirección General de los Registros y del Notariado. “Resolución de 12 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Altadís, Sociedad Anónima, frente a la negativa de la Registradora mercantil IV de Madrid, doña Eloísa Bermejo Zofío, a inscribir determinados particulares de los estatutos de dicha sociedad” (BOE 5 de junio de 2002)

Dirección General de Registros y del Notariado de 10 de mayo de 2016 (RJ 2016\3014)

Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de junio de 2016 (RJ 2016\4008)

Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de Julio de 2015 (RJ 2015\4249)

7.2.4. Dirección General de Tributos

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, núm. 0625-21, de 17 de marzo de 2021 [Versión electrónica – base de datos de Iberley]

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, núm. 1435-09, de 18 de junio de 2009 [Versión electrónica – base de datos de Iberley]

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, núm. 1492-08, de 18 de julio de 2008 [Versión electrónica – base de datos de Iberley]

7.2.5. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, núm. 21, de 30 de abril de 1995, [versión electrónica – base de datos del ICAC]

7.2.6. Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1994, de 18 de agosto [versión electrónica - base de datos de Tribunal Constitucional. ECLI:ES:TC:1994:214]

7.2.7. Tribunal Económico Administrativo Central

Resolución del Tribunal Económico Administrativo, sala primera, R.G., 3156/2019, de 17 de julio de 2020 [versión electrónica - base de datos del Centro de Estudios Financieros]

Resolución del Tribunal Económico Administrativo, sala primera, R.G., 5548/2018, de 8 de octubre de 2019 [versión electrónica - base de datos del Centro de Estudios Financieros]

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, núm. 7329/2003, de 14 de septiembre de 2006 [versión electrónica - base de datos de Iberley].

7.2.8. Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en Sala de lo Contencioso, núm. 2213/2022, de 30 de junio [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:STSJCLM:2022:2213].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sala de lo Contencioso, núm. 475/2022, de 3 de noviembre [versión electrónica - base de datos de VLex. ECLI:ES:STSJM:2022:475].

7.2.9. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Civil núm. 2061/2015, de 9 de abril de 2015 [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2015:2061].

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Civil núm. 98/2018, de 26 de febrero de 2018 [versión electrónica - base de datos de Vlex].

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 1233/2021, de 30 de marzo de 2021, [versión electrónica – base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2021:1233]

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 142/2014, de 2 de enero de 2014. [Versión Electrónica – Base de datos de Vlex. ECLI:ES:TS:2014:142]

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso núm. 411/2013, de 9 de abril [versión electrónica - base de datos de VLex]

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso, núm. 4536/2021 [versión electrónica – base de Datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2021:4536]

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso núm. 7057/2008, de 13 de noviembre [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2008:7057].

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso 7060/2008, de 13 de noviembre [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:2008:7060].

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 1988 [versión electrónica - base de datos del Poder Judicial. ECLI:ES:TS:1988:15517].

Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Social, núm. 1005/2022, de 9 de marzo de 2022. [versión Electrónica - base de datos del Poder Judicial ECLI:ES:TS:2022:1005]

7.3. OBRAS DOCTRINALES

Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E., *Derecho del trabajo*, Editorial Civitas. Edición 26ª. Madrid, 2009.

Argente Álvarez, J. y Mellado Benavente, F., *Manual del Impuesto sobre Sociedades*. Editorial Walters Kluwers, 2011.

Barros García, M., “¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015, pp. 34-41.

Chico de la Cámara, P., “Deducibilidad de las retribuciones de los administradores societarios en el IS & Contravención del ordenamiento jurídico”. *Revista Quincena Fiscal*, núm. 21/2020, 2020, pp. 9-25.

Desdentado Bonete, A., “Administradores sociales: últimas noticias contradictorias”, *La Ley*, núm. 5, 2003, pp. 1803-1804.

De Val Tena, A., “Consejero Delegado y alto directivo: sobre la incompatibilidad de simultanear en la misma empresa dos cargos directivos” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 78, 2013, pp. 195-205.

Francis Lefebvre. (2022). Memento Práctico: Fiscal. *ElDerecho*. 2022

García Gómez, A.J. “Sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales en el impuesto sobre sociedades”. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 182/2019, 2019, pp. 75-114.

León Sanz, F.J., “La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, s.p.

Marín Benítez, G., “El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las leyes 27/2014 y 31/2014”. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 2015, pp. 113-116

Marín Benítez, G., “Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 353-354, 2012, pp. 5-40.

Martínez, J. J., “Apuntes sobre el Rol del Derecho frente al Problema de Agencia en las Organizaciones”. *Themis. Revista del Derecho*, núm. 46. Madrid, 2003, pp. 279-286.

Matorras Díaz-Caneja, A. “Altos cargos y doble vínculo: Crítica a los “excesos” de la doctrina del vínculo. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 3. 2010, pp. 57-79.

Paredes, V. E. Métodos de interpretación Jurídica, 2011.

Paz-Ares Rodríguez C. “Ad impossibilia nemo tenetur (o porque recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores”. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, mayo 2009, p. 1-21

Paz-Ares Rodríguez, C. “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2008, p. 1-74.

Paz-Ares Rodríguez, C. “Perseverare Diabolicum”. *Indret, Revista para el análisis del derecho*, abril, 2018, p.1-52.

Pedreira Menéndez, J. “La retribución de los socios como administradores o trabajadores”. *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 162, 2014, pp. 91-108.

Pedreño López, Carlos. “Aspectos Jurídicos y Tributarios de la Remuneración a los Administradores”. *Universitat de Rovira y Virgili*. Tesis Doctoral, 2017.

Pérez Royo, F. y otros. *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Editorial Tecnos. Edición 16ª. Madrid, 2022.

Sanfrutos Gambín, E., *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General (Parte 1), Tomo 1*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

7.4. RECURSOS DE INTERNET

Alfaro Águila-Real, J. “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”. *Almacén del Derecho*. (Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales>, última consulta 04/04/2023)

Cohen Benchetrit, A. *Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*. *ElDerecho*. (Disponible en: <https://elderecho.com/vigencia-de-la-teoria-del-vinculo-en-la-jurisdiccion-social-tras-la-reforma-operada-en-la-ley-de-sociedades-de-capital-por-la-ley-312014-de-3-de-diciembre>, última consulta 01/04/2023)

Declaración de Granada. AEDAF, 18 de mayo de 2018. (Disponible en: [https://www.aedaf.es/Plataforma/DOC20180521_Documento%20Granada%20\(18%20mayo%202018\).pdf](https://www.aedaf.es/Plataforma/DOC20180521_Documento%20Granada%20(18%20mayo%202018).pdf), última consulta 04/03/2023)

García Novoa, C. “De nuevo la teoría del vínculo. Y esta vez de la mano del Derecho de la Unión Europea”, *Taxlandia. PolíticaFiscal.Es*, Julio 2022. (Disponible en: <https://www.politicafiscal.es/equipo/cesar-garcia-novoa/de-nuevo-la-doctrina-del-vinculo-y-esta-vez-de-la-mano-del-derecho-de-la-union-europea>, última consulta 10/04/2023)