

2 Sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales en el impuesto sobre sociedades

Corporations income tax deduction on executive Compensation

ANTONIO J. GARCÍA GÓMEZ

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Zaragoza

ISSN 0210-8453

Revista española de Derecho Financiero 182
Abril - Junio 2019

Sumario:

- I. Introducción
- II. Antecedentes. La necesaria fijación estatutaria de la retribución como condición de deducibilidad
- III. En particular, las retribuciones de los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección en la normativa anterior a las reformas de 2014. La doctrina del vínculo y su traslación automática al impuesto sobre sociedades
- IV. El estado de la cuestión en la Ley 31/2014 (RCL 2014, 1613), de Reforma de la Ley de Sociedades de Capital
- V. La retribución de administradores a la vista de los conceptos de gasto deducible y de liberalidad regulados en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 27 de noviembre de 2014
- VI. Deducibilidad de las retribuciones por el desempeño de funciones de alta dirección. El caso de los consejeros delegados y ejecutivos. ¿Régimen especial?
 1. Su exclusión del concepto de liberalidad (art. 15.e LIS)
 2. La STS 98/2018, de 26 de febrero (RJ 2018, 635) (Sala de lo Civil) y su traducción al ámbito del impuesto sobre sociedades
- VII. La exclusión del régimen de las operaciones vinculadas
- VIII. A modo de conclusión
- IX. Bibliografía

RESUMEN: *El trabajo aborda las cuestiones más controvertidas del régimen fiscal de la retribución de los administradores sociales en el impuesto sobre sociedades, incluyendo las percibidas por los consejeros delegados y ejecutivos. Partiendo de los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema y de las reformas legales de 2014 (Ley de Sociedades de Capital*

y Ley del Impuesto sobre Sociedades), se revisan los problemas tradicionales a la vista de la doctrina administrativa y de la más reciente jurisprudencia.

ABSTRACT: *This paper addresses the most controversial issues on the corporations tax regime on directors, CEOs and officers compensation. The work presents both the jurisprudential background on the subject and the 2014 legal reforms (Capital Companies Act and Corporate Tax Law). The traditional problems are also reviewed in the light of the administrative doctrine and the most recent court decisions.*

PALABRAS CLAVE: *Impuesto sobre Sociedades - Gastos deducibles - Liberalidades - Retribuciones por funciones ejecutivas y de alta dirección*

KEYWORDS: *Corporations income Tax - Deductible expenses - Liberalities - Directors and officers compensation*

Fecha recepción original: 20 de Noviembre de 2018

Fecha aceptación: 23 de Diciembre de 2018

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 209 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), a los administradores sociales les compete, en esencia, la gestión y representación de la sociedad. Unas funciones que, según la tradición clásica del Derecho de sociedades, se pueden disciplinar, básicamente, de dos maneras: una fórmula simple de administración societaria, realizada a través de administradores mancomunados o solidarios, o, en su caso, a través de un administrador único, o bien, una fórmula compleja de administración, que es la que se ejerce mediante un consejo de administración.

Es bien conocida por los estudiosos del Derecho de la empresa la polémica suscitada en torno a las retribuciones percibidas por los administradores sociales. Un asunto que ya en sus aspectos más generales ha generado un creciente debate jurídico, pero que se complica, esencialmente, cuando además de reunir la condición de administrador, la persona que percibe la retribución desempeña igualmente funciones de alta dirección, como es el caso habitual de aquellas sociedades que fraccionan sus órganos de poder y representación, descargando la gestión efectiva de la entidad en el consejero delegado o ejecutivo (fórmula compleja de administración). Añádase a ello que, en muchos casos, sobre todo en entidades cerradas y familiares, los administradores, además de ejercer las funciones de representación y dirección en la entidad poseen una importante participación en la misma, es decir, reúnen además la condición de socio o partícipe.

Y ha sido este un tema multidisciplinar, que ha traspasado los lindes del Derecho mercantil o laboral, donde el arraigo del problema es indudable, como tendremos ocasión de explicar, y que ha ocupado intensamente los foros de debate y discusión de la doctrina y jurisprudencia tributaria, particularmente, en esta última década.

Es verdad que el núcleo principal del problema tiene lugar en materia del impuesto sobre sociedades, y más en concreto, acerca de la deducibilidad o no del gasto en que incurre la entidad cuando abona una retribución a sus consejeros o administradores. Y ello trae causa en la propia legislación mercantil, que consagra como principio la gratuidad del cargo, salvo que los estatutos sociales dispusieran otra cosa y establezcan el sistema de retribución, por lo que, a los efectos de aquel impuesto, en caso de ausencia de previsión estatutaria, toda retribución de aquellos cargos se ha estimado una mera liberalidad y, por ende, no deducible.

A partir de esa consideración inicial, el despliegue de los interrogantes a los que debe darse respuesta no ha sido escaso. En primer lugar, ha de comenzarse por definir qué se entiende por previsión estatutaria de la retribución, es decir, si basta con una mera referencia a la retribución del cargo o si debe concretarse la fórmula de la misma y la cuantía, y, en su caso, con qué grado de detalle. En segundo término, habrá de resolverse igualmente si realmente la vulneración de la norma mercantil, es decir el hecho de existir una remuneración sin la preceptiva previsión estatutaria, debe llevarnos a defender con automatismo que se trate de una liberalidad a los efectos del impuesto sobre sociedades, o de si puede o no estimarse como un gasto

deducible para la entidad que satisface la retribución. En tercer término, quizás el más conflictivo, nos remite a los casos en que la misma persona ostenta una doble condición de administrador y personal de alta dirección, percibiendo por ello una retribución, debiendo delimitarse si realmente es posible o no diferenciar ambos planos y entender que la retribución de las funciones de directivo de la entidad (normalmente debidas a un contrato específico) se escapan de la previsión de la norma mercantil y constituyen un gasto deducible de la entidad. Y todo ello, sin olvidar otras implicaciones en este impuesto como la aplicación o no a estos casos del régimen de operaciones vinculadas, o los supuestos en que la retribución del administrador que a su vez ostenta una participación cualificada en la entidad puede obedecer realmente a otro concepto, como tratarse de un reparto encubierto de beneficios.

En definitiva, un complejo entramado de relaciones que, a su vez, debe ser examinado a la luz de la normativa societaria, tanto en el ámbito mercantil, como en el propio del impuesto sobre sociedades. Una regulación que, por otro lado, no ha permanecido impermeable al tema en ninguno de los dos ámbitos y que fue objeto de sendas reformas de calado en el año 2014. Por una parte, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modifica la Ley de Sociedades de Capital, entre otros aspectos, en materia de retribución de administradores sociales, y, por otra, la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que culmina la reforma que se inició con la Ley 43/1995 relativa al concepto de gasto deducible, incorporando además una referencia expresa a la retribución de los administradores por la realización de funciones de alta dirección.

Y todo ello sin olvidar la singular jurisprudencia sobre esta materia, donde ya pudo constatarse la teoría de los vasos comunicantes entre las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, de rabiosa actualidad, por otros motivos, en el momento de culminar este trabajo. Comenzando por las conocidas sentencias del caso *Mahou*, emitidas hace ya más de diez años por la Sala Tercera, que supusieron una enorme convulsión en todo el ámbito societario, trascendiendo incluso a la esfera tributaria, hasta la reciente STS de 26 de febrero de 2018, Sala Primera, que vuelve a dejar una sensación de zozobra, particularmente, en lo que pueda trascender al ámbito del Impuesto sobre Sociedades.

II. ANTECEDENTES. LA NECESARIA FIJACIÓN ESTATUTARIA DE LA RETRIBUCIÓN COMO CONDICIÓN DE DEDUCIBILIDAD

Antes de detenernos en la exposición de los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital que regulan el régimen general de las retribuciones percibidas por los administradores en el ejercicio de su cargo y que traen causa en la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, conviene hacer mención, siquiera de forma breve, a la normativa anterior, pues ha sido la base sobre la que se asienta la línea jurisprudencial más consolidada, tanto en materia mercantil como tributaria.

Con anterioridad a dicha reforma, dicho régimen general se contenía esencialmente en los artículos 217 a 220 LSC. Una regulación que tenía a su vez como antecedentes inmediatos los artículos 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). Allí se establece, en primer término, la presunción de la gratuidad del cargo de administrador, salvo que los estatutos establezcan lo contrario y determinen el sistema de retribución (art. 217.1 LSC). Al margen de ese principio, el resto de los preceptos se ocupaban, entre otras cuestiones, de salvaguardar la competencia de la junta general para fijar la remuneración del administrador para cada ejercicio de conformidad con la previsión estatutaria, cuando aquella no consistiera en la participación en beneficios (art. 217.2. LSC), de establecer los requisitos que se exigen para los casos en que la retribución consistiera en una participación en beneficios, que eran distintos para las limitadas respecto de las anónimas (art. 218 LSC), o, finalmente, de atribuir a la junta general de las sociedades de responsabilidad limitada la competencia para establecer o modificar cualquier clase de relaciones en orden a la prestación de servicios o de obra por parte de los administradores a la sociedad (art. 219 LSC).

En lo que interesa a nuestro estudio, es el apartado 1 del artículo 217 LSC el que adquiere especial notoriedad. De una parte, como ha puesto de relieve la doctrina mercantilista, la presunción de gratuidad del cargo de administrador que allí se consagra evoca el artículo 1711 del Código Civil sobre la gratuidad del mandato, y constituye una regla clásica en el derecho societario¹). En este sentido, únicamente los estatutos pueden desvirtuar esta presunción y establecer la remuneración del cargo²). De otra, no se establece en la Ley el grado de concreción que la norma mercantil exige a la fijación estatutaria de las retribuciones, tanto en su dimensión cualitativa como, en su caso, cuantitativa. Y una última cuestión, tampoco se determina si el ámbito de aplicación de esta regla comprende a toda clase de administradores y a todo tipo de funciones que puedan derivarse del ejercicio del cargo, o si, por el contrario, deja fuera a algunos casos como aquellos administradores o consejeros que además desarrollan funciones ejecutivas o de alta dirección en la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, el problema clásico que se ha venido planteando en el ámbito tributario queda referido, con

carácter principal, a la deducibilidad en la base imponible del impuesto sobre sociedades del gasto que supone para la entidad pagadora la retribución satisfecha a los administradores sociales.

Si nos remontamos a la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades, allí se establecía un concepto genérico de gasto necesario como requisito general de deducibilidad, esto es, todo gasto necesario para la obtención de los ingresos se estimaba un gasto deducible. Una idea que en la práctica administrativa y en los tribunales de lo Contencioso enseguida se tradujo como gasto obligatorio, imprescindible para obtener los ingresos³).

A raíz de sendos pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de fecha 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 59) (caso Mahou)⁴) se sienta una doctrina jurisprudencial, muy consolidada en pronunciamientos posteriores, y que, en términos generales, ya venía sosteniendo la propia Agencia Tributaria. En esencia, para que resultare viable la deducibilidad en la base imponible del impuesto societario de las retribuciones satisfechas a los administradores sociales y miembros de los consejos de administración, aquéllas debían estar expresamente previstas en los estatutos de la entidad y cumplir con los requisitos establecidos en la legislación mercantil. Sólo así se estimaba que el gasto era necesario (obligatorio), en los términos de la Ley 61/78, que es la norma a la que se refieren las sentencias. Por el contrario, de no existir dicha previsión estatutaria, toda remuneración del cargo de administrador por parte de la sociedad debía estimarse como una mera liberalidad y por, ende excluida de toda posibilidad de deducción como gasto de la entidad⁵). Y ello con independencia de que se tratase de un gasto real y efectivo y que se encontrase perfectamente contabilizado por parte de la sociedad. En este sentido, el propio Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 15 de octubre de 1982 establecía la no deducibilidad de las cantidades satisfechas sin contraprestación y demás liberalidades, así como la parte excedente de los límites legales, reglamentarios o estatutarios aplicables (art. 112.2 RIS).

Aunque volveremos después sobre el concepto de gasto deducible en este impuesto, a propósito de su normativa vigente, en aquel momento ya resultaba escasamente acertada la vinculación que se hacía entre gasto necesario y gasto jurídicamente obligatorio, es decir, aquel que no se realiza a través de un negocio jurídico gratuito. Sostener, *a contrario sensu*, que si el gasto no es obligatorio debe entenderse automáticamente como una liberalidad y por tanto excluirse de toda posibilidad de deducción no solo es erróneo jurídicamente, sino que desconoce además la práctica empresarial⁶).

La base principal del razonamiento empleado por el Alto tribunal descansa en la importación directa al ámbito tributario de la norma mercantil, o, dicho de otra forma, lo que se traslada al impuesto sobre sociedades son los efectos del incumplimiento de lo previsto en el artículo 130 LSA, que es norma la que se refiere la sentencia, y cuyo mandato pasó después al artículo 217.1 LSC⁷). De esta forma, si la norma mercantil obliga a la consignación estatutaria de la retribución para destruir la presunción de gratuidad del cargo de administrador, en caso de producirse ésta al margen de dicha consignación, además de los efectos que tienen lugar en el ámbito del derecho privado, en el plano fiscal la retribución será tratada como una mera liberalidad de la sociedad hacia el administrador, y por lo tanto, no deducible para la sociedad pagadora. Por descontado, estos efectos no se trasladaban a otros tributos, singularmente a los que afectan al administrador, pues la retribución se entenderá como un rendimiento del trabajo en el seno de su IRPF o, de ser una sociedad la que ostentase el cargo, formará parte de la renta del ejercicio.

Hay que destacar, sin embargo, que el Supremo se muestra más inflexible que la propia LIS de 1978, cuyo artículo 13.ñ) permitía deducir las participaciones de los administradores en los beneficios de la entidad “siempre que las mismas fuesen impuestas por precepto estatutario, o estuviesen acordadas por el órgano competente (es decir, la junta general) y no excediesen del 10 por ciento de aquellos”. Sin embargo, la sentencia parte de la consideración de que la junta no es la competente desde el punto de vista mercantil por lo que no admite la deducibilidad del gasto. Se acaba así con la línea más flexible que había seguido hasta entonces la Audiencia Nacional, permitiendo entender que, alternativamente, era posible, a efectos de deducibilidad de la retribución de los administradores, que la misma estuviese fijada, bien en los estatutos, bien por la junta general, al hilo lo dispuesto en el artículo 13 ñ) LIS⁸).

En todo caso, una de las claves que había de resolverse tiene que ver el grado de concreción que le es exigible a los estatutos de la sociedad para salvar el mandato de la norma mercantil. Es decir, si basta con que se establezcan en los estatutos algunos criterios para fijar las retribuciones o los límites máximos de aquellas o varios sistemas alternativos o, por el contrario, deberían constar allí expresamente todos los aspectos necesarios para concretar la retribución, de manera que no se permita un margen de discrecionalidad a los órganos sociales.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido clara en este punto. Así, a tenor de la doctrina que se contiene en las propias Sentencias de 13 de marzo de 2008 (Mahou), se considera que los estatutos determinan de manera

cierta la retribución, cuando se fija en ellos específicamente el sistema retributivo, no basta con enumerar un elenco más o menos abierto de posibilidades. En tal sentido, si se opta por un sistema retributivo variable, el porcentaje habrá de concretarse en estatutos, no siendo suficiente con la referencia a un límite máximo. Por su parte, cuando se trate de una retribución fija, los estatutos deben determinar su importe, o, al menos, contener los criterios que permitan establecerla de manera exacta. Por lo tanto, la previsión estatutaria no se queda en la dimensión cualitativa de la retribución del administrador, sino que trasciende asimismo a su dimensión cuantitativa. Esa línea jurisprudencial emprendida por la Sala Tercera del Supremo y refrendada en pronunciamientos posteriores⁹) se ha llamado por algunos mercantilistas la doctrina del milímetro¹⁰), dado su nivel de minuciosidad, y ha sido objeto de importantes críticas doctrinales, tanto en el ámbito tributario como mercantil.

Aquí la Sala de lo Contencioso va más allá incluso de lo generalmente admitido en el ámbito mercantil, donde, si bien se sostenía sin fisuras la necesidad de que las modalidades de la retribución hayan de constar expresamente y de forma completa en estatutos (a saber, los conceptos retributivos y el modo de cálculo, sueldos, dietas, planes de pensiones, primas de seguros, remuneraciones variables, *stock options*..), no siendo admisible una delegación de esta tarea de manera directa o indirecta a la junta general, ni un sistema alternativo a decidir por la junta o por el órgano de administración¹¹), pero, sin embargo, con relación al *quantum* y salvo en el caso de participación en beneficios, la situación no era tan extrema y más aún tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital (2010), pues el artículo 217.1 se refiere al “sistema retributivo” y no a los “conceptos retributivos, como hacía el 130 LSA, que es el precepto sobre el que se basaron las sentencias Mahou¹²).

Por su parte, desde el ámbito tributario, la doctrina asimismo se ha mostrado crítica con esta tesis.

En primer lugar, no parece muy razonable imponer que se concrete en estatutos la retribución con el grado de precisión que requiere esta doctrina jurisprudencial, pues exige la modificación estatutaria para cualquier alteración del régimen retributivo por mínima que sea. En este sentido, bastaría con que los estatutos fijasen determinados máximos, pudiendo la junta general determinar la retribución específica dentro de los límites fijados en estatutos¹³), en la línea en que se había manifestado un importante sector de la doctrina mercantil.

No obstante, en segundo lugar y quizás lo más grave, como explica GARCIA NOVOA, es que el Alto Tribunal, olvidando los criterios propios que parecen extraerse de la normativa del impuesto societario (recuérdese la doctrina de la Audiencia Nacional antes citada), trasciende hasta la esfera mercantil y vincula la obligatoriedad de la retribución al dato de que los estatutos la recojan de una determinada manera, hasta el punto de que cualquier otro reflejo estatutario equivale a no recoger en estatutos la retribución. Y que por esta sola circunstancia, el pago de la misma adquiera, automáticamente, el carácter de liberalidad¹⁴). Se legitima además con ello que en el procedimiento inspector se cuestione la legalidad mercantil, la de los estatutos, en cuanto a su suficiencia para recoger con plena certeza las retribuciones a favor de los administradores, lo cual, en principio, debería quedar fuera de la competencia de la Administración Tributaria, toda vez que esa labor de control la ejerce en esta esfera el registrador mercantil¹⁵).

En definitiva, en lugar de examinar el problema desde una perspectiva estrictamente tributaria, de acuerdo con los principios y reglas que inspiran las normas del gravamen societario¹⁶), la Sala Tercera del Supremo se adentra en una suerte de interpretación de la legalidad mercantil, que va incluso más allá de lo que había dicho la Dirección General de Registros y Notariado, a los efectos del tratamiento en el impuesto sobre sociedades de las retribuciones de los administradores.

Podría concluirse que el tema era tan peliagudo que tuvo que aparecer la Dirección General de Tributos (DGT), a través del Informe de 12 de marzo de 2009, bajo la rúbrica “Deducibilidad en el IS de las retribuciones a los administradores de sociedades mercantiles 2009/08873”, para, de alguna manera, tratar de suavizar las consecuencias de la doctrina del milímetro sentada por la jurisprudencia contenciosa. A su tenor, “ *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.* ” En síntesis, no se discute la necesidad de previsión estatutaria de la retribución, pero se matiza o suaviza la exigencia de certeza y concreción en todos y cada uno de los aspectos de aquella.

III. EN PARTICULAR, LAS RETRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES POR EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE ALTA DIRECCIÓN EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LAS REFORMAS DE 2014. LA DOCTRINA DEL VÍNCULO Y SU TRASLACIÓN AUTOMÁTICA AL IMPUESTO SOBRE

SOCIEDADES

Ya por entonces, una de las cuestiones más controvertidas en el marco de la retribución de los administradores quedaba referida a la posibilidad de establecer algún tipo de distinción entre las diferentes funciones que aquellos vienen a desempeñar, de manera que pudiera existir un núcleo de funciones inherentes al cargo (deliberativas, de representación...) y otras que pueden añadirse o no, como son las de carácter ejecutivo propias de los altos directivos. En tal sentido y de admitirse esta diferenciación de funciones, se planteaba el problema de si en este segundo caso, la retribución podría ser posible al margen de que existiera una reserva estatutaria.

Desde luego no es ajeno a la práctica societaria la figura del administrador con funciones ejecutivas o, tratándose de sociedades regidas por un consejo de administración, como necesariamente ocurre en las cotizadas, la del consejero delegado o ejecutivo.

La polémica se había iniciado en el ámbito mercantil y laboral, donde tradicionalmente se planteaba si existe una única relación jurídica del administrador con la sociedad, de modo que la relación orgánica de carácter mercantil absorbe y comprende tanto las funciones deliberativas o de representación como las ejecutivas o de dirección, por tanto, quedan todas sometidas a la reserva estatutaria, o bien, si pueden subsistir dos relaciones diferenciadas del administrador con la sociedad, una de carácter orgánico como administrador que es la que exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 217 LSC, y otra de carácter laboral o mercantil, según se trate, no sometida a dicho precepto y por tanto fuera del control estatutario¹⁷).

En el ámbito del ordenamiento laboral, la doctrina distingue al menos, tres grupos dentro del personal con responsabilidades de dirección en la empresa¹⁸): el primero queda conformado por los consejeros y administradores sociales, cuya actividad se limita a la realización de cometidos inherentes al cargo (art. 1.3.c. LET); el segundo se corresponde con el personal de alta dirección (arts. 2.1.a. LET y 1.2RD 1382/1985); y el tercero lo integran los directivos intermedios y mandos técnicos. Desde esta óptica, cabría contemplar con fundamento en el tenor de la ley, dos tipos de administradores: los limitados a las tareas intrínsecas del órgano societario que encarnan y los que adicionan a las funciones orgánicas otras de igual o diferente naturaleza, superadoras de aquéllas. En todo caso, los primeros resultan excluidos de la legislación laboral *ex* artículo 1.3.c) LET, siempre que sus funciones se limiten simplemente al mero desempeño de su cargo y su actividad solo comporte la realización de los cometidos inherentes al mismo, mientras los segundos podrían pertenecer a la categoría de trabajador siempre que concurren, además de esa doble actividad, los elementos configuradores de la noción legal de trabajador (dependencia y ajenidad).

No obstante, la jurisprudencia de lo social se decantó mayoritariamente por no admitir ese criterio funcional para perfilar la exclusión del Derecho del Trabajo de los consejeros o administradores societarios y ello ante la imposibilidad de delimitar con carácter general qué funciones son inherentes al cargo de consejero o administrador exclusivamente y cuáles corresponden al personal alto directivo, “pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza”¹⁹). Ante esta dificultad, el Supremo recurre a un criterio puramente formal, como es el título bajo el cual se llevan a cabo las tareas de gestión y dirección empresarial. Es, por tanto, el vínculo y la posición que ocupa en la organización de la sociedad –y no la actividad desplegada, que puede ser similar si el personal de alta dirección está provisto de amplios poderes– lo que caracteriza y distingue al consejero o administrador societario, de manera que si existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación será mercantil y no laboral. La consecuencia última de esta doctrina es la incompatibilidad de simultanear el cargo societario y el desarrollo de una relación laboral especial de alta dirección, puesto que la primera absorbe a la segunda, de manera que solo en los casos de realización de trabajos en régimen de dependencia no calificables como alta dirección, sino como relación de trabajo común, cabe admitir el desarrollo simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral²⁰). Es decir, se trataría de servicios laborales ordinarios, en régimen de dependencia, prestados por el administrador (asesoría, contabilidad...) diferentes de los propios de un alto directivo (director general, gerente...).

Enseguida esa línea jurisprudencial de la Sala de lo Social se trasladó a la Sala Primera y al tema que nos ocupa, dando carta de naturaleza a la denominada *teoría o doctrina del vínculo* en virtud de la cual, como hemos visto, no cabe mantener dos títulos jurídicos diferentes, toda vez que las funciones de gestión o de alta dirección son funciones inherentes al cargo de administrador, de modo que la relación es orgánica (mercantil) no tanto atendiendo a las actuaciones concretas desarrolladas por el administrador, sino a la naturaleza del vínculo que le une con la sociedad. De esta forma, toda la retribución percibida por el administrador, aunque se realice por causa de un contrato laboral de alta dirección y esté dado de alta en el régimen

correspondiente de la Seguridad Social, ha de ser sometida a la legislación mercantil²¹). Se pretende con ello acabar con la posibilidad de que se dejen fuera del control estatutario y de la junta general las retribuciones por otras funciones o servicios no propiamente de administración, que pudieran ser fijadas libremente por el propio consejo de administración²²). Sea como fuere, la jurisprudencia del Supremo *mercantiliza* toda la actividad que puede desarrollar para la sociedad un administrador o un consejero-delegado²³).

El siguiente paso en la aplicación de esta doctrina era su traducción en el ámbito tributario, es decir, en materia de la deducibilidad en la base imponible del impuesto sobre sociedades de las remuneraciones satisfechas a los administradores o consejeros ejecutivos o delegados por razón de las funciones de alta dirección que desempeñen en el seno de la sociedad.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, a raíz de las sentencias de 13 de noviembre de 2008 asume con automatismo las consecuencias fiscales de la doctrina del vínculo antes descrita, negando la posibilidad de deducción de las retribuciones percibidas por los administradores por el desempeño de funciones ejecutivas de alta dirección (derivadas de un contrato laboral) cuando no contaran con el correspondiente respaldo estatutario (130 LSA y 217.1 LSC). Una línea igualmente refrendada por sentencias posteriores²⁴) y asumida por la Dirección General de Tributos en contestaciones a consultas (V879-12, de 25 de abril y V356-13, de 7 de febrero) y sobre todo a través de la Nota 1/2012 del Departamento de Gestión Tributaria.

Ha de entenderse, no obstante, que los problemas quedarían relegados a la confusión de roles entre el alto directivo y el administrador, pues cuando estos perciben de la sociedad otras retribuciones por servicios laborales ordinarios, en términos empleados por la doctrina laboralista y la jurisprudencia de lo social, no existía problema en admitir su deducibilidad²⁵).

Las críticas a esa línea argumental han puesto de acuerdo a gran parte de la doctrina. Y no solo por lo que se refiere al ámbito tributario, sino que se han alzado voces discrepantes desde las parcelas del derecho donde se gestó.

Así, en el marco de la doctrina laboralista no se acaba de compartir el criterio empleado por el Alto Tribunal. Antes bien, se defiende la existencia del doble vínculo, laboral y mercantil, en los supuestos de administrador que realiza un plus de funciones ejecutivas o de alta dirección, así como en relación con la figura bien conocida del consejero delegado o ejecutivo. En este sentido, la normativa laboral viene a admitir la concurrencia de dos relaciones en una misma persona, una mercantil o societaria y otra laboral de carácter especial, que tendrá lugar cuando se demuestre que el consejero o administrador realiza las funciones de un alto cargo directivo, estando presentes las notas propias de una relación laboral (art. 1.1 LET). Se entiende así que la interpretación que hace el Alto Tribunal resulta demasiado amplia, al tiempo que vacía de contenido y deja sin sentido la exclusión prevista en el artículo 1.3.c) LET²⁶). Consecuentemente, habrá de analizarse en el caso concreto si concurren o no las notas propias de una relación laboral, dependencia, ajenidad, básicamente, para concluir si estamos ante un doble vínculo, o si solo existe una relación mercantil que abarca todas las funciones llevadas a cabo por el administrador²⁷).

Por su parte, desde la óptica del derecho mercantil, gran parte de la doctrina no comparte tampoco la aplicación automática de la teoría del vínculo ni asume todas sus consecuencias²⁸).

Se podría entender que en los casos del administrador único u otras fórmulas simples de administración las funciones ejecutivas de gestión ordinaria constituyen una parte natural o típica del cargo (la supervisión le corresponde a la junta general), y por lo tanto la doctrina del vínculo es aplicable con carácter general, determinando una relación jurídica unitaria, salvo algunas excepciones. Sin embargo, tratándose del consejo de administración, sería posible distinguir a los meros consejeros dedicados a la deliberación, consulta y supervisión (funciones propias del órgano colegiado de administración) de los consejeros delegados o ejecutivos, quienes gestionan el día a día de la empresa y por tanto mantienen una relación de prestación de servicios para la sociedad, similar a la que puede desempeñar un alto ejecutivo no consejero vinculado a la sociedad por una relación laboral de alta dirección.

De otra parte, contamos con algunas resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN), 3-4-2013, 29-4-2013, 6-5-2013 y 12-5-2014, y con alguna sentencia del Supremo que excepcionalmente han admitido la tesis del doble vínculo, cuando las facultades y funciones atribuidas por contrato rebasen las propias de los administradores²⁹). En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 6529) (4820/2013), Sala Tercera, entiende que sólo es compatible la relación laboral de carácter especial de alta dirección (gerencia) con la de carácter mercantil del cargo de administrador cuando las funciones que se realizan por razón de la primera son distintas de las que llevan a cabo por razón del último cargo y se trate de una actividad específica diversa; en otro caso, ambas relaciones (la mercantil y la laboral) son incompatibles, debiendo prevalecer la calificación mercantil.

Sea como fuere, no resultará sencillo en la práctica deslindar las funciones que son inherentes o propias del cargo de administrador de otras de tipo ejecutivo y de representación que le puedan ser encomendadas, aunque, como afirma MENÉNDEZ, desde el momento en que hay administradores no ejecutivos parece claro que la función ejecutiva no ha entenderse como una función inherente a la condición de administrador³⁰).

Finalmente, la doctrina tributaria no ha ahorrado tampoco calificativos para referirse a la aplicación automática de la teoría del vínculo por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (desafortunada, equivocada, sesgada...) ³¹). En tal sentido, se ha afirmado que la Sala de lo Contencioso extrae unas conclusiones equivocadas de una línea jurisprudencial que el Alto Tribunal ha dictado a efectos, exclusivamente, de rechazar pactos abusivos o indemnizaciones exorbitantes³²). De acuerdo con ello, afirma GARCIA NOVOA que la realidad de un vínculo laboral especial a través de un contrato de alta dirección (cuya retribución se presume) no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que el consejero delegado forme parte del consejo de administración (donde juega la presunción de gratuidad), pues la participación en este órgano no impide que uno de sus miembros mantenga relaciones con él propias de alta dirección y que en virtud de ellas asuma funciones propias, por ejemplo, de gerente o director general³³).

IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA LEY 31/2014, DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

A través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se modifica la Ley de Sociedades de Capital entre otros aspectos, en materia de retribución de administradores sociales. Una reforma que trae causa en el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, en la línea marcada por la Unión Europea y otras instancias internacionales, como el G20 o la OCDE.

En primer lugar, el nuevo art. 217.1 LSC mantiene el carácter gratuito del cargo de administrador, salvo que los estatutos sociales digan lo contrario y fijen el sistema de remuneración. Es decir, la regla clásica en materia de retribuciones de administradores no sufre cambio alguno³⁴). Se contempla, no obstante, un régimen particular para las sociedades cotizadas en el que se invierte la regla anterior, presumiendo la remuneración del cargo, salvo que los estatutos dispongan lo contrario (art. 529 sexdecies LSC). Una regla que responde a las recomendaciones del Informe de la Comisión de Expertos. No puede obviarse a este respecto que la propia Ley obliga a que este tipo de sociedades sean administradas por un consejo de administración (art. 529 bis LSC).

En segundo lugar, sentada la presunción de gratuidad del cargo, a salvo las cotizadas, la Ley da un paso adelante concretando algo más de lo que se venía haciendo hasta entonces. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 217.2 LSC, en estatutos deberá constar *el sistema de remuneración que determine el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales*. A partir de allí, el precepto contiene un listado abierto de posibles conceptos retributivos que pueden incluirse en los estatutos: una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores de referencia, remuneración en acciones, indemnizaciones por cese etc...

En todo caso, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación (art. 217.3 LSC) ³⁵). Por su parte, cuando la remuneración consista en una participación en beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales (art. 218 LSC).

En lo que interesa a este trabajo, la reforma viene a relajar los requisitos de exhaustividad que estaba exigiendo, al menos, la jurisprudencia contenciosa, ciñendo la reserva estatutaria a los aspectos cualitativos de la retribución, es decir, aquellos que permitan determinar los conceptos retributivos³⁶). En términos generales, el nuevo régimen jurídico aporta flexibilidad al sistema y resuelve con mayor claridad una de las dudas que tradicionalmente se venía planteando sobre la competencia para determinar los importes concretos de las retribuciones y, en consecuencia, parece que queda igualmente claro la no necesidad de consignar dichos importes en los estatutos³⁷). Tras la reforma, por tanto, la criticada “doctrina del milímetro” no puede ser ya invocada (Resolución de la DGRN de 30 de julio de 2015). Como ha dicho recientemente la Sala Primera del Tribunal Supremo, “la reserva estatutaria ha de ser interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN” (STS 98/2018, de 26 de febrero (RJ 2018, 635)).

Resumiendo, se relajan las exigencias de concreción, pero se mantiene la necesidad de que consten en los estatutos sociales

tanto el carácter retribuido del cargo de administrador como el sistema de retribución. Una regla que, según ha manifestado la jurisprudencia, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial favorecer la máxima información a los socios para facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia especialmente sensible (SSTS 708/2015, de 17 de diciembre (RJ 2015, 6189) y 98/2018, de 26 de febrero).

Pero sin duda, uno de los aspectos claves de la reforma tiene que ver con el problema de los consejeros delegados o ejecutivos, o, en términos más genéricos, con la retribución a los administradores sociales por funciones de alta dirección y otras distintas.

En este sentido, el artículo 217.2 LSC se refiere a la “*retribución de administradores por su condición de tales*”. Ello da pie, por lo tanto, a entender que, al margen de ello, los administradores pueden percibir otras retribuciones por causa distinta de la propia condición de administrador. No hay problema en esa distinción, como ya vimos, cuando el administrador percibe una retribución por la prestación de servicios laborales de carácter ordinario o común o por la prestación de otros servicios profesionales, ajenos a la representación o dirección de la entidad. El problema se plantea, en términos acuñados por la doctrina laboralista, como tuvimos ocasión de exponer, respecto de las funciones ejecutivas o de alta dirección, en tanto puedan escapar o no del concepto genérico de “*retribución de administradores por su condición de tales*”.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 249.3 y 249.4 LSC, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, y deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Por su parte, el artículo 529 duodécimos LSC, relativo a las sociedades cotizadas, establece los tipos de consejeros, siendo consejero ejecutivo el que desempeña funciones de dirección en la sociedad o su grupo, con independencia del vínculo jurídico que mantenga con ella³⁸), mientras que son consejeros no ejecutivos todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos.

Es decir, la remuneración, o los conceptos retributivos, de las funciones inherentes al cargo de administrador (*retribuciones de los administradores en su condición de tales*²) corresponde a los estatutos, que deciden si debe haber o no retribución, como ya ocurría en el régimen anterior a la reforma (arts. 17.1 y 2 LSC), sin perjuicio de la preceptiva intervención de la junta general. Por su parte, en el caso de consejeros delegados o ejecutivos, la retribución por funciones ejecutivas o “añadidas” debe constar en el preceptivo contrato que celebren con la sociedad, previa aprobación por el consejo de administración (art. 249.3 y 4 LSC).

Más conflictivo será determinar la naturaleza de ese contrato, pues, aunque para la mayor parte de la doctrina mercantilista su calificación será igualmente mercantil, la nueva regulación deja abierta la posibilidad de admitir una distinción entre la relación mercantil del administrador o consejero de los artículos 217. 2 y 3 LSC, es decir, por las funciones propias del cargo, y la establecida por los artículos 249.3 y 4 y el artículo 529 LSC, relativa a los consejeros delegados o ejecutivos, de manera que, como hacía la doctrina laboralista, pueda apostarse por el carácter laboral del contrato si se cumplen los requisitos de dependencia ya ajenidad que exige la LET (que los administradores no sean socios mayoritarios ni de control y estén sometidos a la dirección y supervisión del consejo de administración) ³⁹).

En cualquier caso y con independencia de la calificación que pueda otorgarse a este contrato, lo determinante es si, a los efectos retributivos, la LSC efectivamente lo deja al margen o no de la reserva estatutaria del artículo 217, en tanto se trate de retribuir funciones del consejero delegado o ejecutivo “añadidas” a las inherentes al cargo de administrador⁴⁰). Un asunto que, como veremos más adelante, ha encontrado respuesta favorable en la propia DGRN, pero que ha sido refutado por una reciente sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 635).

De otra parte, el consenso es mayor con relación a las sociedades regidas por fórmulas simples de administración, dado que aquí doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que no cabe distinguir entre unas y otras funciones, pues todas ellas, deliberativas, ejecutivas, de alta dirección o de representación, tienen que ver con la propia condición de administrador.

V. LA RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES A LA VISTA DE LOS CONCEPTOS DE GASTO DEDUCIBLE Y DE LIBERALIDAD REGULADOS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2014

La vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades culmina la reforma que se inició con la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, y cuyo contenido se trasladó igualmente al Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

De conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 10.3 LIS, la base imponible del impuesto se determina a partir del resultado contable, por lo que serán las normas mercantiles (Código de Comercio, Ley de Sociedades de Capital y Plan General de Contabilidad, básicamente) las que determinen inicialmente la renta sometida a tributación, sin perjuicio de la corrección que proceda, en su caso, por aplicación de las normas fiscales que supongan un tratamiento diferenciado respecto del contable.

Por lo que a nosotros interesa, ya desde la Ley 43/1995 la normativa del tributo se aparta del concepto de gasto necesario como desencadenante de su deducibilidad. De acuerdo con ello, la LIS contempla básicamente dos requisitos generales para la deducibilidad del gasto. En primer lugar, su contabilización, ya sea en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas (cuando lo prevea la norma), de tal forma que no será deducible un gasto que no esté previamente contabilizado, a salvo las excepciones establecidas en la Ley (principio de inscripción contable art. 11.3 LIS). En segundo lugar, el gasto tiene que estar vinculado, correlacionado, con los ingresos, de manera que su finalidad directa o indirecta sea la de obtención de ingresos. A estas reglas básicas podríamos añadir también la necesidad de que el gasto se encuentre justificado.

En cualquier caso, lo relevante es este cambio de criterio, abandonando la necesidad del gasto por la idea de su vinculación con la obtención de ingresos. Es decir, se tomarán como gasto todos los que contablemente contribuyen a la determinación del beneficio, salvo los que la Ley proclame expresamente como no deducibles⁴¹). De esta forma, cuando la LIS vuelve a hacer referencia a la no deducibilidad de los donativos y liberalidades (art. 15 LIS), lo hace por entender que son gastos no vinculados o relacionados con la obtención de los ingresos.

Parece claro, por lo tanto, que una de las bases legales en la que se sostenía la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la deducibilidad de las retribuciones de los administradores sociales ha decaído desde la Ley de 1995, al menos en lo que hace referencia a asociar de modo automático que toda retribución no fijada con certeza en los estatutos era una liberalidad, puesto que no era un *gasto necesario*. Ahora lo que procede es determinar si en este mismo caso procede calificarla como liberalidad, entendiendo que no es un *gasto vinculado o correlativo a la obtención de ingresos*.

Para tratar de aclarar este asunto intervino la Dirección General de Tributos, a través del Informe “**Deducibilidad en el impuesto sobre sociedades de las retribuciones a los administradores de sociedades mercantiles**”, de 12 de marzo de 2009. Al principio de dicho Informe, la DGT parece asumir claramente el cambio de criterio sobre el concepto de gasto necesario: “ahora es más amplio, de manera que resulta deducible un gasto, no solo por ser obligatorio, sino por el mero hecho de estar correlacionado con los ingresos y no constituir una liberalidad, (...) si antes los gastos *convenientes* no tenían la consideración de gastos deducibles por no ser necesarios según la Ley 61/1978, ahora sí por no tener la condición de liberalidad”. Se citan al respecto algunos pronunciamientos del Alto Tribunal, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2003 (8292/2003) y las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de septiembre de 2006 y 18 de diciembre de 2008. Sin embargo, las conclusiones de ese documento no arrojan finalmente ninguna luz sobre el tema: “*si los estatutos de la sociedad, sea limitada o anónima, recogen el carácter remunerado del cargo de administrador, aun cuando no se cumplan los requisitos de certeza establecido en la jurisprudencia del, sí que tendrán la consideración de gasto fiscalmente deducible de acuerdo con la regulación vigente del TRLIS, dado que representan un gasto contable, están registrados en los resultados de la sociedad y no representan una liberalidad.*”

La verdad es que este Informe, y su interpretación posterior por parte de la propia doctrina administrativa y la jurisprudencia, lo único que resuelve, como habíamos apuntado ya antes, es la relajación de los requisitos derivados de la doctrina del milímetro. Es decir, no se hace necesario ese nivel de concreción en los estatutos para admitir la deducibilidad del gasto. En este aspecto, se adelanta de alguna manera a la propia reforma del 2014 en la LSC. Sin embargo, no se avanza mucho más. Incluso puede resultar contradictorio admitir al principio del mismo el cambio de criterio legal respecto al concepto de gasto deducible, desvinculado ya de su carácter obligatorio, para concluir, al final, que la deducibilidad sigue dependiendo de que los estatutos recojan el carácter remunerado del cargo.

Lo que realmente había que plantearse, y no lo resuelve el Informe, es que ocurre en el caso de no existir previsión estatutaria, pero a pesar de ello retribuir a los administradores, o, aun existiendo dicha previsión, la remuneración vulnerase alguno de los requisitos legales que establece la Ley de Sociedades de Capital⁴²).

Algunos autores que se han ocupado de esta cuestión vienen a negar que, con la normativa vigente del impuesto societario, esta situación pueda calificarse sin más como liberalidad⁴³). Es decir, la retribución podrá ser excesiva o no cumplir con todas las exigencias de la LSC, pero difícilmente se podrá pensar que es una liberalidad no relacionada con la obtención del beneficio.

No obstante, la Resolución del TEAC de 6 de febrero de 2014 (JT 2014, 549) en unificación de doctrina, y en el mismo sentido la de 5 de julio de 2016 (JT 2016, 1014)⁴⁴), o las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 6529) (4820/2013) y 30 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7522) (5524/2013) no apuntan en esta dirección. A su tenor, cuando se satisfagan retribuciones a los administradores cuyo cargo sea gratuito, sea porque no está prevista la remuneración en estatutos o porque estos establecen expresamente la gratuidad, dichas cuantías tienen la consideración de liberalidad y por lo tanto de gasto no deducible⁴⁵). Es decir, a estos efectos no se toma en consideración el cambio de concepto de gasto deducible en el impuesto sobre sociedades, pues no se realiza un juicio de valor acerca de si estamos o no ante un gasto vinculado a la obtención del ingreso y a la búsqueda del beneficio empresarial, sino que se vuelve a insistir en su carácter de liberalidad⁴⁶).

En esta línea, algunos pronunciamientos del Alto Tribunal dan un paso más allá, considerando que las retribuciones de los administradores no pueden defraudar las reglas que rigen el adecuado comportamiento de un ordenado comerciante, de manera que si superan lo socialmente admisible se llega a la conclusión de que son meras liberalidades no deducibles (STS 5524/2013, de 30 de octubre y STS 9267/2011, de 22 de diciembre)⁴⁷). Esto último conecta con lo dispuesto en el vigente artículo 217.4 LSC, en tanto dispone que la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. La consecuencia que se extrae de todo ello es que la Administración Tributaria pueda considerar que, aun existiendo previsión estatutaria, el exceso de la retribución, de acuerdo con los criterios anteriores, no sería gasto deducible en el impuesto sobre sociedades (liberalidad).

A nuestro parecer, es muy discutible que la vulneración de las reglas mercantiles que regulan el régimen de retribución de los administradores sociales deba tener eficacia directa y automática en la deducibilidad o no de aquellas en el seno del impuesto societario, pasando incluso por encima de los propios criterios tributarios que inspiran su normativa. Pero, en todo caso, y como hemos argumentado, debería rechazarse el recurso continuado al concepto de liberalidad para resolver esta cuestión. Una retribución que no cumpla con todas las exigencias de la norma mercantil tendrá los efectos jurídicos que procedan, de acuerdo con esa normativa, pero, difícilmente podrá ser una liberalidad⁴⁸). En ocasiones, por las circunstancias concurrentes, podrá calificarse como retribución encubierta de fondos propios no deducible (cuando el perceptor sea socio de la entidad, además de administrador) ⁴⁹), en otras ocasiones serán los valores de mercado los que hayan de tomarse en consideración (si se estimase una operación vinculada) etc..

Es decir, conforme dispone el artículo 13 de la Ley General Tributaria, lo determinante es atender a la verdadera naturaleza del hecho imponible, con independencia de la calificación otorgada por las partes y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez. Ello implica que, en un principio, a los efectos fiscales la retribución debería considerarse un gasto de la entidad y una renta para el administrador, al margen de que si finalmente se anula o se invalida por ser contraria a las reglas mercantiles que regulan su régimen jurídico, esa situación se trasladará de inmediato al ámbito tributario, deshaciendo sus efectos primigenios⁵⁰).

A fortiori, ni la DGT ni la jurisprudencia del Alto Tribunal se han cuestionado la tributación de las retribuciones en el seno del impuesto personal que grava la renta del administrador⁵¹), de manera que, aun negando la deducción para la entidad pagadora, sin embargo, ello no obsta a que tribute como rendimiento del trabajo en el IRPF del administrador⁵²) (o se integrará en la base imponible del IS, si el administrador fuera persona jurídica). En este sentido, se ha criticado que, si llevásemos el razonamiento jurisprudencial a sus últimas consecuencias, entendiendo como liberalidades las retribuciones de los administradores, llegaríamos a la conclusión, un tanto absurda, de que las mismas deberían gravarse en el impuesto sobre sucesiones y donaciones⁵³). Y es que, como señala GARCÍA-OVIES, más allá del debate sobre la “estanqueidad” o “unicidad” de las calificaciones y de las valoraciones dentro de nuestro sistema tributario, no se debe perder de vista que el sistema tributario debe tener una congruencia y una lógica interna, de manera que no cabe hablar de compartimentos estancos dentro del sistema⁵⁴).

Un ejemplo donde, en mi opinión, se analizaba este asunto desde una óptica correcta ha sido la Sentencia de 13 de mayo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En concreto, el Tribunal admitió la deducción fiscal de la retribución del administrador, aun cuando no estaba prevista en los estatutos, por cuanto el administrador tenía una mayoría tal (97%) que le permitía acomodar los estatutos a su criterio, entendiendo que la exigencia de la mención estatutaria tiene una finalidad

garantista de los socios de la entidad. Lamentablemente, fue objeto de casación.

En definitiva, cuando la retribución figura contabilizada en una cuenta de gasto, es un gasto real en el que ha incurrido la entidad por la actividad desarrollada por el administrador para la obtención de ingresos, sobre la misma se ha practicado la correspondiente retención y ha sido declarada por el administrador como ingreso en el IRPF, en general y salvo situaciones fraudulentas, debía admitirse su deducibilidad en el impuesto societario⁵⁵), y ello con independencia de que se cumplan escrupulosamente todos los requisitos establecidos en la legislación mercantil.

No obstante, para complicar el tema un poco más, la LIS 27/2014 introduce un nuevo apartado, f) dentro del artículo 15, relativo a los gastos no deducibles, que podría suponer un nuevo escenario en aras de negar la deducibilidad de las retribuciones de los administradores. En concreto, a tenor de dicho precepto legal, no podrán deducirse “los gastos derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”.

Resulta difícil concretar el mandato de este nuevo artículo de la Ley sin atender a su origen.

Ya en el *Informe de la Dirección General de Tributos de 5 de marzo de 2007 sobre deducibilidad en el impuesto sobre sociedades de los pagos realizados de forma ilícita* se llegaba a la conclusión de que los gastos delictivos o constitutivos de conductas radicalmente prohibidas, en general, no pueden deducirse en la base imponible, porque el impuesto no puede amparar como gastos legítimos aquellos incurridos, precisamente, para lograr una finalidad prohibida por el ordenamiento.

En consonancia con ello, en el Anteproyecto de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, la redacción de este precepto resultaba mucho más precisa, en tanto se excluían de la deducción “los gastos derivados de actuaciones ilícitas”. Sin embargo, la redacción se modificó finalmente en el Proyecto de Ley, sustituyendo “actuaciones ilícitas” por “actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”. Una expresión de contenido mucho más abierto e indeterminado, por lo que será labor de los tribunales y de la doctrina administrativa la concreción del mandato del legislador.

Por lo que aquí interesa, está claro que este artículo no se refiere expresamente al problema de la retribución de administradores, sin embargo, podría existir la tentación de invocarlo para volver a la situación de la Ley 61/ 1978. Es decir, parece evidente que el cambio de orientación de nuestro legislador sobre el concepto de gasto deducible en el impuesto societario y sobre el contenido del término “liberalidad”, apuntado ya por la Ley 43/1995, va a complicar vez más, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la aplicación de esa vía para excluir de la deducción a las retribuciones satisfechas a los administradores que no contasen con la preceptiva cobertura estatutaria. No obstante, quizás ahora no se estime necesario seguir forzando esa interpretación, sino que pudiera bastar con la invocación de este artículo 15 f) LIS para obtener el mismo resultado. Ello significaría que las retribuciones no previstas estatutariamente, y más aún, las que no cumplan con los requisitos de la normativa mercantil, no es que se reputen liberalidades, sino que se excluirían de la deducción por ser contrarias al ordenamiento jurídico⁵⁶). En esta línea, la STS de 2 de enero de 2014 (142/2014) ya situaba la cuestión decisiva en orden a permitir o no la deducción de la retribución satisfecha al administrador, no tanto en la necesidad del gasto, sino en su legalidad, referida no solo a los estatutos, sino a los límites que de la totalidad del ordenamiento jurídico pueden inferirse.

A mi parecer, sin embargo, de acuerdo con su finalidad, la norma está pensando en la realización de actuaciones ilícitas, prohibidas o contrarias a Derecho, cuyos gastos, los generados por aquellas, no pueden beneficiarse de la deducción en la base imponible del impuesto sobre sociedades⁵⁷). Sin embargo, en el tema que tratamos, ni el administrador ni la sociedad realizan actividad prohibida o ilícita, y entender que el mero hecho de pagar una retribución que no se muestre acorde con algunos de los requisitos mercantiles pueda constituir, en sí misma, una actividad prohibida por el ordenamiento a estos efectos, podría resultar un tanto forzada, al menos, en la generalidad de los casos.

VI. DEDUCIBILIDAD DE LAS RETRIBUCIONES POR EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE ALTA DIRECCIÓN. EL CASO DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS Y EJECUTIVOS. ¿RÉGIMEN ESPECIAL?

1. SU EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE LIBERALIDAD (ART. 15.E LIS)

La Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, ha introducido una mención expresa entre su articulado con relación a la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección.

Como hemos visto, siguiendo el criterio tradicional, se excluyen expresamente del ámbito de los gastos deducibles de la base

imponible del impuesto los donativos y liberalidades que realice el sujeto pasivo (art. 15.e LIS). No obstante, el propio legislador se refiere a determinados gastos no considerados dentro de ese concepto genérico (atenciones a clientes, cestas de navidad etc.). Y con ese objetivo, la Ley añade ahora un nuevo párrafo excluyendo del ámbito de las liberalidades: “*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*”. artículo 217.2 Da la impresión con ello que, inicialmente, la LIS quiere recoger el testigo de la reforma operada en paralelo por la LSC, por cuanto el LSC establece que la reserva estatutaria queda referida a *las retribuciones de los administradores en su condición de tales*, lo que parece abrir la posibilidad de que pudieran existir otras retribuciones diferentes o añadidas.

En cualquier caso, la Ley del impuesto trata de dar un paso en la dirección que había demandado la doctrina tributaria. Es decir, con independencia de las bondades que pudiera tener en el ámbito laboral o mercantil la teoría del vínculo, el legislador tributario, como ha hecho en tantas ocasiones, adopta un criterio singular de calificación, acorde con su propia *ratio legis*.

Sin embargo, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, no se han resuelto en absoluto los problemas que venimos arrastrando en la última década. En primer lugar, porque con relación a las funciones inherentes o propias del cargo de administrador, la presunción de gratuidad y la correspondiente reserva estatutaria que rige en el ámbito mercantil continúa trasladándose al gravamen societario, con los tradicionales problemas de deducibilidad. Y, en segundo lugar, porque ni siquiera respecto de las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos por el desempeño de funciones de alta dirección, que parecía ser el objetivo de la reforma, se va a aclarar el panorama, toda vez que seguirá siendo controvertido determinar los supuestos en que esas funciones son distintas de las propias de la condición de administrador.

Por otra parte, como acertadamente ha señalado GARCIA-OVIES, la solución que se propone se sigue formulando desde la perspectiva del concepto de liberalidad, y no parece el marco adecuado para resolver los problemas de estas retribuciones, fundamentalmente, porque resulta incompatible con la propia naturaleza de la actividad empresarial⁵⁸).

Entrando en el contenido del precepto, entendemos que se contemplan dos situaciones bien diferenciadas.

Comenzando por la segunda de dichas situaciones, la menos problemática, el artículo 15 e) LIS *in fine* señala que no son liberalidades las retribuciones que perciba el administrador por “*otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad*”. Se incluyen aquí cualesquiera retribuciones satisfechas en contraprestación de servicios laborales de carácter ordinario o común, distintas de las de alta dirección. Es decir, solo esta segunda parte del precepto (que está dividida por una coma) exige que la relación sea laboral. Por otra parte, esto no es una novedad porque la jurisprudencia ya lo admitía antes, cuando el administrador cobraba por otras funciones de carácter común –marketing, contabilidad– se admitía sin problemas su carácter laboral y su deducción en el impuesto sobre sociedades⁵⁹), al margen de los requisitos del artículo 217 LSC. Cuestión distinta es que, como se verá más adelante, este tipo de relaciones caen bajo la órbita de las operaciones vinculadas del artículo 18 LIS.

Y todo ello con independencia de que, siendo administrador y además socio mayoritario de la entidad, debiera estar incluido en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia y autónomos, regulado en los artículos 305 y siguientes del TRLGSS⁶⁰).

En el mismo sentido, si se tratase de retribuir otras funciones o servicios del administrador que no tengan el carácter laboral o por cuenta ajena, la deducción de las mismas atenderá a las reglas generales del impuesto en relación con los servicios profesionales prestados a la entidad, sin perjuicio, claro está, que resulte de aplicación el régimen de operaciones vinculadas del artículo 18 LIS, lo que afectará a la valoración de las retribuciones percibidas por los servicios prestados.

Por su parte, en lo relativo a la primera de las situaciones reguladas en el artículo 15 e) LIS, la interpretación no acaba de ser pacífica. Como apuntábamos más arriba, la norma se refiere expresamente a “*las retribuciones de los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección*”, en tanto no serán consideradas como liberalidades y, en consecuencia, quedaría expedito el camino para su deducibilidad en la medida en que cumplan con el resto de los requisitos generales de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El debate se centra, no obstante, en darle contenido a esas funciones. Es decir, deben definirse los criterios que permitan diferenciar, en su caso, entre las funciones retribuidas a los administradores “*en su condición de tales*” artículo 217.2, en los términos del LSC, de las funciones de alta dirección.

Dos recientes resoluciones de la DGRN, de 10 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3014) (BOE 06/06/2016) y de 17 de junio de 2016

(RJ 2016, 4008) (BOE 17/07/2016), han tratado de arrojar luz sobre este asunto, en tanto han venido a decir que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Así, en los casos de administración colegiada, cuando la administración se organiza como consejo, las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores), por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de consejero como tal, sino que es una función adicional que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas.

Por lo tanto, a tenor de esta tesis, bajo el paraguas del artículo 15 e) LIS (funciones de alta dirección) es fácil deducir que deberían incardinarse las retribuciones derivadas del contrato del consejero delegado o ejecutivo regulado en los artículos 249.3 y 249.4 LSC (art. 529 LSC, para las cotizadas)⁶¹, y ello más allá de la calificación que proceda desde la perspectiva societaria o laboral o de la reserva estatutaria. Es decir, dichas retribuciones habrán de ser deducibles en la base imponible del impuesto societario, con independencia de la naturaleza específica que quiera darse al contrato, ya sea laboral de carácter especial, como defienden algunos laboristas en la medida en que concurren las notas de dependencia y ajenidad, o ya sea en todo caso mercantil, como parte intrínseca de la relación orgánica. Consecuentemente, la retribución percibida por ser miembro del consejo de administración dependerá de lo que se diga en estatutos y en función de ello podría restringirse su deducibilidad en el impuesto sobre sociedades, al menos, conforme a la doctrina jurisprudencial y administrativa tradicional, mientras que para las retribuciones correspondientes al consejero delegado por funciones ejecutivas o de alta dirección, además de que se excluirían de aquella reserva estatutaria, serán deducibles a la vista del artículo 15 e) LIS siempre, que cumplan con el resto de los requisitos establecidos por la normativa tributaria. Por su parte, en el caso de las formas simples de administración la solución podría ser distinta, ya que no parece posible distinguir las funciones de alta dirección del resto de las funciones del cargo, sino que todas (las deliberativas y las ejecutivas) han de entenderse como propias del mismo y por lo tanto sometidas a la reserva estatutaria del artículo 217 LIS. A raíz de ello, subsistirán los problemas de deducibilidad en la medida en que no se cuente con la preceptiva reserva estatutaria.

2. LA STS 98/2018, DE 26 DE FEBRERO (RJ 2018, 635) (SALA DE LO CIVIL) Y SU TRADUCCIÓN AL ÁMBITO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

No obstante, todo lo anterior, el panorama se complica a tenor de la doctrina contenida en un pronunciamiento muy reciente y particularmente didáctico de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Nos referimos ahora a la STS 98/2018, de 26 de febrero.

En su virtud, cuando la LSC utiliza la expresión “*administradores en su condición de tales*” en los nuevos apartados segundo y tercero del artículo 217 se está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo, incluyendo a todos ellos, también a los consejeros delegados o ejecutivos, e incluyendo asimismo las funciones ejecutivas que tuvieran encomendadas. En este sentido, considera la sentencia que los administradores sociales tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas, otra cosa es que en la forma compleja de organización del órgano de administración puedan delegarse algunas de estas facultades, en concreto algunas facultades ejecutivas, en uno o varios de sus miembros, pero que, precisamente, pueden delegarse porque se trata de funciones propias e inherentes de los administradores delegantes.

Concluye el Alto Tribunal al respecto (fundamento jurídico sexto) que el sistema retributivo diseñado por la LSC para las sociedades no cotizadas, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles: el primero está constituido por los estatutos sociales, que han de establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución; el segundo nivel está constituido por los acuerdos de la junta general, a la que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual, sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones; y el tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores, allí es donde se enmarca el contrato de los consejeros delegados o ejecutivos a que se refieren los artículos 249.3 y 4 LSC.

En definitiva, según este pronunciamiento, el art. 249 LSC contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos que deberán firmar un contrato con la sociedad, pero cuyo contenido ha de ajustarse al “marco estatutario” y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores en el desempeño de su cargo fijado por acuerdo de la junta general. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe

ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 LSC y cumplir con los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 LSC, cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales⁶²). No será admisible, consecuentemente, dice el Supremo, una cláusula estatutaria en la que se prevea la no retribución del cargo de administrador y se diga al mismo tiempo que el consejo de administración podrá acordar la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria que precise los conceptos remuneratorios.

¿Y cuál sería la traducción de esta doctrina al ámbito del impuesto societario?

Si nos atenemos a la línea que se ha seguido mayoritariamente por la jurisprudencia contenciosa tras las sentencias Mahou, la aplicación del contenido de esta sentencia al ámbito de impuesto sobre sociedades pudiera suponer la tentación de considerar que nada ha cambiado respecto al panorama anterior, al menos en las sociedades no cotizadas. Es decir, las retribuciones de los administradores, ya se trate de fórmulas simples o complejas de administración, ya se trate de meros consejeros o de consejeros delegados, en tanto las funciones propias o inherentes al cargo incluyen tanto las deliberativas como las ejecutivas o de alta dirección, serían deducibles en la base imponible del impuesto únicamente en la medida en que cumplan con la preceptiva reserva estatutaria y con el resto de los requisitos exigidos por la LSC (intervención de la junta, criterios generales del artículo 217.4, etc.). En otro caso, el mero hecho de la existencia de un contrato celebrado en el marco del artículo 249 LSC no garantizaría sin más la deducibilidad, toda vez que no se reputaría una retribución al consejero por funciones de alta dirección, sino por funciones propias del cargo

En otras palabras, si nuevamente se acude al automatismo para trasladar al ámbito tributario las conclusiones de esta sentencia, aún por encima de la propia letra y espíritu de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, resultará que una retribución del consejero delegado por funciones de alta dirección, en virtud del contrato al que se refieren los artículos 249.3 y 4 LSC, no sería gasto deducible mientras no cuente con la correspondiente previsión estatutaria y cumpla con el resto de los requisitos de la normativa mercantil. Y ello seguramente por invocación del artículo 15 f) LIS, al tratarse de “gastos derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”⁶³).

Sin embargo, en mi opinión, esa interpretación supondría vaciar prácticamente de contenido la nueva cláusula del artículo 15 e) LIS o dejarla únicamente para las sociedades cotizadas (a las que no se refiere la sentencia). Si la LIS distingue “*las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección art. 15 e)*”, respecto de las que puedan percibir aquellos por el resto de sus funciones, es para conferirles un tratamiento diferente y al margen del concepto de liberalidad. En este sentido, cabría entender que las funciones ejecutivas (gerencia, dirección general) por las que los consejeros delegados o ejecutivos perciben una retribución, añadida a la que puedan percibir o no por su condición de administrador, se enmarca bajo el paraguas del LIS, lo que determinaría, en principio, su deducibilidad, sin más condiciones que los generales del tributo. Y ello, entiendo, con independencia de que la doctrina o la jurisprudencia mercantil llegase a considerar, como afirma la citada sentencia, que todas esas funciones son también propias e inherentes a la condición de administrador y que, a los efectos jurídico privados, tengan que respetar tanto la reserva estatutaria como el resto de las condiciones reguladas en la LSC⁶⁴).

En resumen, dado que existe un criterio propio establecido por el legislador tributario, aplíquese. En puridad, ese criterio debía aplicarse igualmente en los casos de administrador único u otras fórmulas simples de administración, lo que ocurre es que aquí ni la LSC, ni la interpretación más flexible que apuntaba la DGRN, da pie para entender que, aún a los efectos retributivos, cabe diferenciar entre unas y otras funciones, sino que entre las inherentes a la condición de administrador se incluyen de manera inescindible las de representación y gestión de la entidad, incluidas la de gerencia o dirección general. Por lo tanto, mucho nos tememos que la reserva estatutaria seguirá siendo en este caso un requisito previo de deducibilidad.

Sea como fuere, este asunto va a continuar siendo una fuente de conflicto por lo que sería necesaria una aclaración por parte de la AEAT que evitase esta situación de inseguridad jurídica.

VII. LA EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

Otra de las cuestiones importantes que plantea el tema de las retribuciones de los administradores sociales en el seno de este tributo ha venido tradicionalmente determinada por su posible calificación como operación vinculada y, en consecuencia, sometida a las reglas de valoración que establece para aquellas el vigente artículo 18 LIS. De acuerdo con dicho precepto, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado, es decir, aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia.

La traducción de este régimen al asunto que nos ocupa supondría que, una vez admitida la deducibilidad del gasto que supone la retribución al administrador, sin embargo, no lo sería cualquiera que hubiera sido la cuantía de aquella, sino que, dada la regla especial de valoración que rige para estas operaciones, se podría deducir únicamente el importe equivalente a una retribución “de mercado”.

Pues bien, tras la entrada en vigor de la vigente Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, el artículo 18.2 b) considera como operaciones vinculadas las realizadas entre una entidad y sus consejeros o administradores, “*salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.*” artículo 16 Esto significa que el legislador ha valorado diferentes opciones sobre esta cuestión y se ha decantado por considerar como no vinculadas las relaciones entre el administrador y la sociedad a la que sirve, únicamente, en lo relativo a la retribución por el ejercicio de sus funciones, mientras que en las demás relaciones que puedan establecerse entre ellos sí rige la regla de vinculación y, por lo tanto, la valoración habrá de realizarse atendiendo a valores de mercado. Una situación que supone además un cambio respecto al régimen anterior, toda vez que el del TRLIS, en redacción dada por la Ley 36/2006, consideraba como vinculadas las operaciones realizadas entre “una entidad y sus consejeros o administradores”, sin más distinción.

El escenario se vuelve a repetir por cuanto es necesario determinar también a estos efectos que quiere decir la LIS cuando habla de “*retribución por el ejercicio de sus funciones*” artículo 217.2. En mi opinión, la norma tributaria ha de integrarse con el contenido del LSC, que se refiere al “*concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales*” así como con el artículo 1.3 c) LET cuando establece que quedan fuera del ámbito laboral las actividades de los consejeros y administradores sociales, “*por la realización de cometidos inherentes al cargo*”.

En cualquier caso, resulta evidente que quedan fuera de este concepto y por tanto van a considerarse operaciones vinculadas las retribuciones al administrador por otras funciones derivadas de un contrato laboral común con la entidad o por la prestación de otros servicios profesionales, distintos de los propios del cargo, a los que hicimos referencia en un apartado anterior.

El conflicto volverá a surgir con relación las funciones ejecutivas y de gerencia.

Si nos atenemos al espíritu de la LSC, tras la reforma de 2014, y a la interpretación que de ella extrae parte de la doctrina mercantilista y la propia DGRN, en el caso de las retribuciones del consejero delegado o ejecutivo por sus funciones de alta dirección, ha de entenderse que entrará en juego la aplicación del régimen de operaciones vinculadas del artículo 18 LIS, puesto que no constituirían, en puridad, una retribución por el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador, tal y como hemos explicado en el apartado precedente, y, en consecuencia, la deducibilidad vendría condicionada por el valor de mercado de aquellas retribuciones. Por otra parte, esta interpretación conectaría directamente con el mandato contenido del artículo 15 e) LIS, excluyendo del concepto de liberalidad las retribuciones a los administradores por las funciones de alta dirección. Nuevamente el conflicto surgirá respecto de las retribuciones de los administradores únicos o en los casos de otras formas simples de administración, pues, como hemos visto, aquí no es posible deslindar las funciones de gerencia o de dirección del resto de las funciones propias del cargo de administrador, pues todas forman parte intrínseca de éste y, por lo tanto, quedarían fuera del régimen de las vinculadas.

Por el contrario, de importarse, a estos efectos, la interpretación que se contiene en la STS 98/2018, de 26 de febrero, la conclusión sería distinta. A su tenor, como hemos visto, cuando la LSC se refiere a las retribuciones de los administradores “en su condición de tales” (por el ejercicio de sus funciones) está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo, incluyendo a todos ellos, también a los consejeros delegados o ejecutivos por las funciones de alta dirección. En consecuencia, toda la retribución del administrador por sus labores de representación, deliberación, gestión o dirección, resultarían excluidas del régimen del artículo 18 LIS.

No obstante, lo anterior, se podría igualmente que tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 217.4 LSC, en virtud del cual *la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.* Una circunstancia que pudiera dar pie a la Administración tributaria a entender que, a pesar de no estimarse como operaciones vinculadas, unas retribuciones desproporcionadas vulnerarían lo dispuesto en la normativa mercantil y, en consecuencia, no pudieran ser deducibles, sino hasta el límite de lo que se estimase razonable (que no es necesariamente lo mismo que una valoración de mercado) 65).

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Quizás el principal problema del tratamiento otorgado a las retribuciones de los administradores sociales en este impuesto ha tenido que ver con la óptica o la perspectiva empleada para afrontarlo.

Así, en el ámbito mercantil, la regulación de esta cuestión se ha abordado con el objetivo de salvaguardar el interés de los socios, frente a los posibles abusos que pudieran cometerse por los propios órganos de dirección, con el problema añadido que posiblemente en sociedades cerradas ese objetivo ha creado más problemas de los que pretendía resolver.

Por su parte, en lo que se refiere al impuesto sobre la renta de las personas físicas, con independencia de las dificultades que ha presentado la retribución de los administradores sociales dentro del ámbito mercantil o laboral o, más aún, con independencia igualmente del trato que pudiera dispensarse a la entidad pagadora en el seno del propio impuesto sobre sociedades⁶⁶), la normativa del IRPF ha contado siempre con su propio criterio, incluyendo las retribuciones percibidas por el administrador o consejero bajo la órbita de los rendimientos del trabajo, ya correspondan aquellas a retribuir las funciones inherentes al cargo de administrador, ya tengan causa en la retribución de funciones ejecutivas, de alta dirección, o, en definitiva, cualesquiera otras ejercidas por el administrador y derivadas de un contrato laboral⁶⁷). En todos los casos, la remuneración se integra dentro de los rendimientos del trabajo, y esa calificación no depende de que esté o no prevista en los estatutos sociales o de que en el seno del impuesto sobre sociedades se haya considerado una liberalidad no deducible.

Y, en el mismo sentido, no parece suficiente el carácter mercantil de la relación que une a los administradores con la entidad a la que representan y dirigen para determinar la sujeción al impuesto sobre el valor añadido de los servicios inherentes a la condición de administrador. Es decir, acudiendo a la propia esencia de este tributo en la delimitación de su hecho imponible, en general, la actividad de administrador, cuando es desarrollada por una persona física, carece de las notas de organización del trabajo por cuenta propia, y no constituye una actividad económica sujeta el IVA (vid. V1365-10 (JUR 2010, 353419)).

Sin embargo, en lo que se refiere al gravamen societario, se ha echado de menos un análisis del tema desde una óptica propia, puramente tributaria, sin tener que importar de forma automática los problemas suscitados en otras esferas del ordenamiento. Lo relevante a estos efectos debería ser analizar la operación en su conjunto, admitiendo la deducibilidad cuando el gasto estuviera encaminado o vinculado a la obtención del beneficio empresarial y no tuviera un propósito de elusión del gravamen. En este caso, por ejemplo, que no se trate de retribuciones encubiertas de fondos propios o, en tanto se considerase una operación vinculada, que no estuvieran por encima de los valores de mercado.

Una buena solución, en este sentido, al hilo de la orientación marcada por la Ley de Sociedades de Capital y la doctrina jurisprudencial del vínculo para poner coto al pago de indemnizaciones exorbitantes a los administradores por cese, es el tratamiento dispensado ahora a las mismas por el artículo 15 i) LIS, que supone un límite específico a la deducibilidad de esta clase de indemnizaciones en el seno del impuesto⁶⁸).

Pero, lamentablemente, no ha sido este el camino. La realidad es que las retribuciones de los administradores constituyen en la mayor parte de los casos un gasto más del ejercicio, al mismo tiempo que suponen una renta para el perceptor, y carecen, por lo tanto, de propósito elusivo. Consecuentemente, al margen de que pueden no haber cumplido con todas las exigencias que se desprenden de la normativa mercantil y societaria, debería admitirse su deducibilidad en tanto cumplan con los requisitos generales de la LIS (contabilización, justificación y vinculación con los ingresos). Por el contrario, entender automáticamente que suponen una liberalidad de la entidad respecto del administrador no ha servido sino para desvirtuar este concepto. Y, en el mismo sentido, mirando ya hacia adelante, obviar el cambio de orientación de la LSC y, sobre todo, de la propia normativa del impuesto sobre sociedades, para acudir ahora a la cláusula del artículo 15 f) LIS, supondría, a mi parecer, un nuevo paso atrás.

En cualquier caso, como ha quedado reflejado en varias partes de este trabajo, echamos de menos una labor interpretativa de la Dirección General de Tributos que tratase de arrojar luz sobre estas cuestiones, aliviando las situaciones de inseguridad jurídica provocadas por las deficiencias de una normativa, la mercantil y la fiscal, no siempre coordinadas y que actualmente ofrecen serias dificultades de integración.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J., “La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XVIII)” en *Almacén del Derecho*, 2014.

ÁVAREZ BARBEITO, P., “Incidencia fiscal del nuevo criterio del TS sobre la deducción de las retribuciones de los administradores con funciones ejecutivas”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF., N.º 423, 2018.

CAAMAÑO ANIDO, A., “La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores”, en *Revista Quincena Fiscal*, 8/2011.

DE MIGUEL ARIAS, S., “De nuevo sobre la calificación tributaria de las retribuciones de los socios administradores de entidades”, en *Revista Quincena Fiscal*, 12/2015.

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*, n.º 78/2013.

DE VAL TENA, A., *Los trabajadores directivos de la empresa (consejeros y administradores, personal de alta dirección y empleados directivos)*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

FALCÓN Y TELLA, R., “Nota a las SSTs 13 de noviembre 2008 (RJ 2009, 59), dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004, la posibilidad de que la junta general intervenga en la fijación de las retribuciones de los consejeros”, en *Revista Quincena Fiscal*, 4/2009.

FALCÓN Y TELLA, R., “Nota a las SSTs 13 de noviembre de 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004: compatibilidad de la condición de administrador con la de trabajador, provisión por depreciación de las participaciones en una sociedad transparente, e imputación del mayor gasto derivado de las actas”, *Revista Quincena Fiscal*, 5/2009.

FONT GORGORIÓ, P., *La Relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Comentario al artículo 217” en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, VVAA, Vol. I, ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.), Thomson-Cívitas.

GARCÍA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades” en *Revista Quincena Fiscal*, 8/2009.

GARCÍA NOVOA, C., *Aspectos fiscales de la interposición de sociedades y de la retribución de los socios*, Monografías AEDAF, n.º 6/2013, Madrid.

GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., *Gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades*, Lex Nova, Valladolid, 1992.

GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., “La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores” en *Encuentro de Derecho financiero y Tributario (3.ª edición). La reforma del sistema tributario español (2.º parte)*, Instituto de Estudios Fiscales, DOC. núm. 10/2015.

GOTA LOSADA, A., “Algunas ideas sobre la futura reforma del Impuesto sobre Sociedades”, en la obra colectiva *Adaptación del sistema tributario al Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

LEÓN SANZ, F., “Comentario al artículo 249 bis. Facultades indelegables”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, VVAA, Civitas, 2015.

MAGRANER MORENO, F., “La elaboración por la jurisprudencia del concepto de gasto necesario en el Impuesto sobre Sociedades”, en *REDF*, n.º 71, 1991.

MENÉNDEZ, A., “Derecho privado y retribución de los administradores”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Muñoz Planas*, Civitas, Madrid, 2011.

PAGÉS I GALTÉS, J., “El abandono del concepto de gasto necesario por la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades y sus efectos en el IRPF”, en *Revista Quincena Fiscal*, 9/1996.

PAZ-ARES, C., “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2009.

PAZ-ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º

2/2008.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J., La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e Impuesto sobre Sociedades”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 373, 2014.

POVEDA BLANCO, F., “Los conceptos de gasto no compensatorios del deterioro de los bienes en el Impuesto sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria*, n.º 57, 1986.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Retribución de consejeros y directivos: la reciente evolución en el Derecho español”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor J.M.ª Muñoz Planas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

RUIZ HIDALGO C., “La retribución de los Administradores después de las sentencias Mahou”, en *Revista Técnica Tributaria*, n.º 95, 2011.

RUIZ MUÑOZ, M., “Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 46/2016.

SIMÓN ACOSTA, E., “Artículo 19”, *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras, IRPF*, Edersa, Madrid, 1983.

1 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Retribución de consejeros y directivos: la reciente evolución en el Derecho español”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor J.M.ª Muñoz Planas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 687.

2 Como señala PAZ-ARES, el objetivo de la “reserva estatutaria” es rodear la regulación de una cuestión tan sensible de todas las garantías. Dado que la aprobación de los estatutos corresponde a los accionistas, la “reserva estatutaria” determina que la competencia para establecer el régimen de la retribución de los administradores se resida en el órgano soberano de la sociedad; y dado que el procedimiento de modificación de estatutos requiere cumplir algunos requisitos especiales (mayorías cualificadas, necesidad de informes previos, transparencia en el momento de la convocatoria, etc.), la “reserva estatutaria” determina que dicho régimen retributivo quede sujeto a ciertas exigencias de estabilidad e, inevitablemente también, de rigidez. Vid. PAZ-ARES, C., “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)” en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2009, p. 3.

3 A pesar de ello, gran parte de la doctrina apostaba por suavizar esas exigencias, de tal modo que podría hablarse de gasto adecuado o razonable dentro de ese concepto genérico de gasto necesario. Entre otros, GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., *Gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades*, Lex Nova, Valladolid, 1992, p. 32 y ss, POVEDA BLANCO, F., “Los conceptos de gasto no compensatorios del deterioro de los bienes en el Impuesto sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria*, n.º 57, 1986, p. 77 y SIMÓN ACOSTA, E., “Artículo 19”, *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras, IRPF*, Edersa, Madrid, 1983, p. 215- 217. Por su parte, sobre el concepto restrictivo del gasto en la jurisprudencia, véase MAGRANER MORENO, F., “La elaboración por la jurisprudencia del concepto de gasto necesario en el Impuesto sobre Sociedades”, en *REDF*, n.º 71, 1991, p. 415-434.

4 SSTS de 13-11-2008 (RJ 2009, 453), n.º rec. 3991/2004 y 2578/2004, respectivamente.

5 El artículo 14 f) de la Ley 61/1978 incluía entre las partidas no deducibles a las liberalidades, cualquiera que fuere su denominación.

6 Véase GOTA LOSADA, A., “Algunas ideas sobre la futura reforma del Impuesto sobre Sociedades”, en la obra colectiva *Adaptación del sistema tributario al Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 138 y GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades” en *Revista Quincena Fiscal*, 8/2009, p. 13 y ss. (versión digital, Thomson Reuters).

7 Por eso la sentencia se refiere solo a las sociedades anónimas y no a las de responsabilidad limitada, ya que éstas se regían por lo dispuesto en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, donde partiendo igualmente de la gratuidad del cargo de administrador, se admitía la posibilidad de que fuera retribuido a través de una participación de beneficios, previsto en estatutos y hasta un límite, o, en otro caso, la junta general podía fijar una remuneración para cada ejercicio.

8 Entre otras, SAN de 29 de enero de 2004 (JT 2004, 992), SAN de 28 de octubre de 2004 (JUR 2004, 297802), SAN de 28 de noviembre de 2002 (JUR 2006, 282847) y SAN de 9 de junio de 2003 (JUR 2007, 36561). No obstante, como advierte GRACIA NOVOA, la propia Audiencia Nacional acabó postulando que no era válida cualquier aprobación por la junta y acabó negando la posibilidad de un silencio absoluto de los estatutos (SAN de 1 de junio de 2006 (JUR 2006, 174326)). Vid. GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 2-4.

9 SSTS de 15 de enero de 2009 (RJ 2009, 1790) (n.º rec. 4744/2004), 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 4736) (n.º rec. 440/2005), y 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 6529) (n.º rec. 4808/2011), entre otras.

10 La paternidad del nombre hay que atribuirla a PAZ ARES, C “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, op. cit. p. 6.

11 En este sentido RUIZ MUÑOZ, M., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades” en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 46/2016, p. 5 (versión digital, Thomson Reuters). Véanse, a mayor abundamiento, las Sentencias de

la Sala Civil del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2006 (RJ 2006, 5590) (593/2006), 12 de enero de 2007 (RJ 2007, 671) (1392/2007) y 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6189) (708/2015), así como las Resoluciones de la DGRN de 18 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1686); 26 de julio de 1991 (RJ 1991, 5448); 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1531); 19 de marzo de 2001 (RJ 2002, 2185) y 12 de abril de 2002 (RJ 2002, 8096).

12 De hecho, desde la publicación de la LSC algunos autores abogaban por entender que la doctrina del milímetro quedaba ya fuera de la reserva estatutaria, es decir que ya no era necesario que allí se fijase la cantidad o el importe exacto de cada concepto retributivo. Véase GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Comentario al artículo 217” en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, VVAA, Vol. I, ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.), Thomson-Civitas, p. 1549-1550; y PAZ ARES, C “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)” op. cit., p. 9-16.

13 Vid. GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 14 y FALCÓN Y TELLA, R., “Nota a las SSTs 13 de noviembre 2008 (RJ 2009, 59), dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004 (RJ 2009, 453), la posibilidad de que la junta general intervenga en la fijación de las retribuciones de los consejeros”, en *Revista Quincena Fiscal*, 4/2009, p. 3, (versión digital, Thomson Reuters). Ello además, no sería contradictorio, dice GARCIA NOVOA, con las exigencias mercantiles, pues sólo pretenden evitar situaciones de incertidumbre para los administradores o actuaciones como que la participación en beneficios se module al final del ejercicio, convirtiéndose en una participación en ganancias encubierta o posibles abusos que podrían cometerse si la fijación de la retribución se confiase libremente a la Junta General.

14 Una conclusión a todas luces improcedente, señala GARCIA NOVOA. Es decir, da la impresión que para el Supremo la fijación de un sistema retributivo fijo no es un sistema si no se concreta en estatutos la cuantía de la retribución, lo que supone contrariar la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, amén de que la retribución fija es la fórmula retributiva más habitual en el tráfico mercantil (op. cit., p. 15)

15 Sostiene al respecto FALCÓN Y TELLA que sólo sería posible en supuestos extremos como en el caso de retribuciones superiores a los máximos legalmente establecidos o cuando se entienda que podrían encubrir dividendos (“Nota a las SSTs 13 de noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 (RJ 2009, 59) y 3991/2004 (RJ 2009, 453)...”, op. cit., p. 3).

16 Buena muestra de ello es la falta de sintonía de esta línea jurisprudencial respecto al régimen de operaciones vinculadas que entonces resultaba aplicable a las relaciones entre los administradores y la sociedad. En tal sentido, la regla imperativa de valoración del artículo 16LIS suponía que toda prestación de servicios de un administrador, no solo no se presumía gratuita, sino que debía de entenderse retribuida y además a valores de mercado. En consecuencia, con independencia de lo que al respecto establezcan o no los estatutos sociales, así como de la legalidad o no de las menciones estatutarias, los pagos a administradores y a consejeros deberían de ser considerados como ingreso para éstos, de la misma forma que constituirían un gasto para la sociedad (CAAMAÑO ANIDO, A., “La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores”, en *Revista Quincena Fiscal*, 8/2011).

17 GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Comentario al artículo 217”, op. cit., p. 1552 y ss.

18 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*, paraf.num.78/2013, p. 1 (versión digital, Thomson Reuters). A mayor abundamiento, en su libro *Los trabajadores directivos de la empresa (consejeros y administradores, personal de alta dirección y empleados directivos)*, 2.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 88 y ss.

19 SSTs de 21 de enero de 1991 (RJ 1991, 65) (n.º rec. 282/1990) y de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3906) (n.º rec. 997/1990)

20 SSTs 18 de marzo de 1991 (n.º rec. 1221/1990), de 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 76) (n.º rec. 1368/1991), 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10221) (n.º rec. 2889/1993), entre otras.

21 Entre otras, SSTs 21-4-2005 (249/2005 (RJ 2005, 4132)), 24-4-2007 (441/2007 (RJ 2007, 2418)), 31-10-2007 (1147/2007 (RJ 2007, 6816)) y 29-5-2008 (448/2008 (RJ 2008, 3184)).

22 RUIZ MUÑOZ, M., “Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital”, op. cit., p. 8. Adviértase que el problema no se ciñe únicamente a las retribuciones periódicas que pudiera percibir el administrador por los servicios de alta dirección contratados, sino también otro tipo de retribuciones, como las indemnizaciones pactadas para el caso de la extinción del vínculo de empleo por decisión de la sociedad.

23 Así lo expresa GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 10. Es más, respecto al consejero-delegado y en la medida en que, según el art. 141LSA, son necesariamente miembros del consejo de administración y ejercen las facultades propias de dicho Consejo, el Supremo descarta que puedan tener un vínculo laboral.

24 SSTs de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3477) (2594/2010) de 28 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 5318) (9354/2011), 13 de junio de 2012 (RJ 2012, 7372) (4057/2012), STS 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 6529) (4820/2013) y 30 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7522) (5524/2013). En el mismo sentido, Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2010 (JT 2012, 197), 23 de febrero de 2011 y 16 de febrero de 2012 (JT 2012, 197).

25 A tenor de la doctrina contenida en la contestación a la Consulta V-0441-14, acerca de retribuciones satisfechas a los administradores que ejercen, a su vez, otras tareas (auxiliares administrativos, comerciales y almaceneros) por las que están dados de alta en el Régimen Especial de Trabajador Autónomo (RETA), las remuneraciones por el desempeño de tareas productivas o profesionales (auxiliares administrativos, contables, agentes comerciales y personal de almacén) tendrán la consideración de gasto fiscalmente deducible del período siempre que se cumplan los requisitos generales de la LIS. En el mismo sentido, la DGT entiende como gasto deducible la remuneración del trabajo realizado por un ingeniero en una sociedad mercantil de la que posee el 12,50% del capital social y de la que es miembro del Consejo de Administración, aunque dicho cargo sea gratuito y todas las retribuciones percibidas son satisfechas por el trabajo realizado como ingeniero (V-1613-15) (JUR 2015, 193539).

26 Afirma en este sentido DE VAL TENA que el legislador no ha querido situar toda la gestión directiva en la actividad de consejero o administrador de la sociedad, pues, de haber sido esa su intención, hubiera bastado con excluir del ámbito laboral genéricamente la actividad

- de los consejeros o miembros de los órganos de administración de las compañías societarias, sin matización alguna, cuestión ésta muy alejada de la realidad, puesto que lo decisivo en la exclusión de aquéllos es la restricción experimentada por la actividad de consejero (“Consejero Delegado y alto directivo: sobre la incompatibilidad de simultanear en la misma empresa dos cargos directivos”, cit. p. 7).
- 27 No obstante, esta posición no tenido demasiado eco entre los jueces de lo Social, resultando bastante minoritarias las sentencias que han defendido la existencia del doble vínculo. Pueden consultarse al respecto algunos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia recogidos por D VAL TENA, A., *Los trabajadores directivos de la empresa (consejeros y administradores, personal de alta dirección y empleados directivos)*, cit., p. 101 y 102, en nota.
- 28 Entre otros, PAZ-ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2/2008, p. 15 y ss., GALLEGU SÁNCHEZ, E., “Comentario al artículo 217”, op. cit., p. 1552-1555, MENÉNDEZ, A., “Derecho privado y retribución de los administradores”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Muñoz Planas*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 464 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M., “Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital”, cit., p. 9.
- 29 Por su parte, la STJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09, caso Danosa), refrendada por la la STJUE de 9 de julio de 2015 (TJCE 2015, 284), (Asunto C-229/14, caso Balkaya), admite la relación laboral si se dan los requisitos de dependencia y ajenidad propios del concepto de trabajador del Derecho laboral europeo.
- 30 MENÉNDEZ, A., “Derecho privado y retribución de los administradores”, op. cit., p. 466.
- 31 GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 20, FALCON Y TELLA, R., “Nota a las SSTs 13 de noviembre de 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004: compatibilidad de la condición de administrador con la de trabajador, provisión por depreciación de las participaciones en una sociedad transparente, e imputación del mayor gasto derivado de las actas”, *Revista Quincena Fiscal*, n.º 5, 2009, p. 3 y 4 (versión digital, Thomson Reuters); RUIZ HIDALGO C., “La retribución de los Administradores después de las sentencias Mahou”, en *Revista Técnica Tributaria*, n.º 95, 2011, p. 54; PEDREIRA MENÉNDEZ, J., La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e IS”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 373, 2014, p. 177-180; y FONT GORGORIÓ, P., *La Relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 174 y ss.
- 32 GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 20, FALCON Y TELLA, R., “Nota a las SSTs 13 de noviembre de 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004: compatibilidad de la condición de administrador con la de trabajador, provisión por depreciación de las participaciones en una sociedad transparente, e imputación del mayor gasto derivado de las actas”, op.cit., p. 3 y 4. Advierte al respecto FONT GORGORIÓ que si la teoría del vínculo nace como medida antielusoria, tratando de evitar que las grandes sociedades oculten a los socios no involucrados en la gestión el montante de lo pagado a los administradores, empleando para ello la tapadera de alto directivo, ello nada tiene que ver con el problema de las pequeñas empresas, las familiares o las profesionales. En ellas el socio esta casi siempre involucrado en la gestión diaria y en la toma de decisiones y muchos son socios y a la vez administradores, e incluso, si no lo son, su papel en la sociedad es activo, pues esa es un instrumento para el desarrollo de la actividad del socio, no son meros inversores y esto estarán muy pendientes del régimen de retribuciones. La paradoja consiste en que aunque en estos casos no se darán con frecuencia situaciones como las que pretendía evitar la teoría del vínculo, sin embargo, serán las más perjudicadas por la aplicación de esa teoría (*La Relación socio-sociedad profesional. Problemáticas fiscales*, op. cit., p. 176).
- 33 Vid. GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 21. Por su parte, apunta RUIZ HIDALGO, haciendo referencia a algunas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que lo determinante en estos casos es determinar si el administrador o consejero despliega la actividad propia del contrato de alta dirección en el ejercicio de su cargo o, por el contrario, actúa como alto directivo desarrollando las funciones propias de su contrato con independencia de su posición como administrador. En este segundo caso, dice, su actividad es dependiente y no puede verse arrastrada por su condición de consejero o administrador (“La retribución de los Administradores después de las sentencias Mahou”, op. cit., p. 54).
- 34 No deja de sorprender que se siga manteniendo este principio, cuando es sabido que en la mayor parte de las sociedades de capital la práctica habitual o más común sería presumir justo lo contrario, es decir que el cargo fuera, en principio, retribuido.
- 35 De esta forma, si un determinado año, la Junta no se pronuncia sobre la retribución ni modifica la cuantía, ello no supone entender que no procede retribuir el cargo para ese año. Por otra parte, salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero (art. 217.3 LSC).
- 36 Sería admisible, por ejemplo, una cláusula estatutaria estableciendo que la remuneración de los administradores consistirá en una cantidad a determinar anualmente por la Junta General (STS 180/2015, de 9 de abril (RJ 2015, 2026)).
- 37 RUIZ MUÑOZ, M., “Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital”, op. cit., p. 25.
- 38 No obstante, sigue diciendo este precepto, los altos directivos consejeros de las sociedades filiales, en la sociedad dominante serán considerados como dominicales.
- 39 RUIZ MUÑOZ, M., “Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital”, op. cit., p. 38, ALFARO, J., “La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XVIII)” en *Almacén del Derecho*, 2014. A favor de esta tesis se encuentra asimismo la doctrina jurisprudencial desarrollada en las SSTJUE de 11 de noviembre de 2010 y 9 de julio de 2015 antes citadas.
- 40 El problema seguirá siendo definir en cada caso cuáles son las funciones inherentes o propias del cargo de administrador y cuáles van más allá del mismo, como las directivas o de gerencia. En este sentido, señalan algunos autores que se puede acudir al artículo 249 bis LSC, en tanto establece un elenco, no cerrado, de funciones indelegables por parte del consejo de administración, aunque es verdad que la casuística en sociedades cerradas puede ser muy variada (RUIZ MUÑOZ, M., op. cit. p. 38, y LEÓN SANZ, F., “Comentario al artículo

249 bis. Facultades indelegables”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*, VVAA, Civitas, 2015, p. 521 y ss.

41 Así lo expresa GARCIA NOVOA, C. que también alude a algún pronunciamiento del Tribunal Supremo, (STS 8292/2003, de 19 de diciembre), reconociendo que ya la Ley 43/1995, había adoptado el concepto más lógico y flexible de gasto contable (“La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, op. cit., p. 21). Por su parte, PAGES I GALTES da un paso más, entendiendo que el abandono del concepto de gasto necesario en el texto de la Ley sólo puede identificarse como una opción por la presunción de necesidad de todos los gastos que se encuentren correctamente contabilizados (“El abandono del concepto de gasto necesario por la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades y sus efectos en el IRPF”, en *Revista Quincena Fiscal*, 9/1996, p. 8). En parecido sentido, GARCIA-OVIES SARANDESES, I., “La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores” en *Encuentro de Derecho financiero y Tributario (3.ª edición)*. *La reforma del sistema tributario español (2.º parte)*, Instituto de Estudios Fiscales, DOC. num. 10/2015, p. 95 y ss.

42 La Consulta V-1027-14 reconoce que en el caso de percibir por parte de un administrador una remuneración establecida estatutariamente por razón de su cargo, ésta supone un gasto deducible siempre que el sistema de retribución dispuesto en los estatutos sociales se adecúe a lo dispuesto en el artículo 217 de la LSC.

43 FALCÓN Y TELLA, R., “Nota a las SSTs 13 de noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004, la posibilidad de que la junta general intervenga en la fijación de las retribuciones de los consejeros”, cit., p. 3 y GARCIA NOVOA, C., “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades”, cit., p. 23. Llama la atención este último sobre un aspecto relevante y es que, a pesar de que el contenido de las sentencias Mahou se habían amparado en la normativa anterior, ya derogada, del impuesto sobre sociedades, es cierto sin embargo, que el Supremo se ha esforzado en fundamentar toda su argumentación, no en normas tributarias, sino en disposiciones mercantiles que, éstas sí, continúan vigentes, por lo que pudiera existir la tentación de aplicar estos criterios en la actualidad.

44 Una doctrina repetida en contestaciones a consultas por parte de la Dirección General de Tributos. Entre otras, V-879/2012, V-1323/2012, V-3158/2013.

45 Continua diciendo el TEAC, reproduciendo a su vez el contenido de la STS de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 6529), que si en los estatutos de una sociedad se dispone la gratuidad del cargo de administrador (ratificando la presunción legal), la concesión de una retribución al administrador solo puede hacerse con el carácter de liberalidad y, por tanto, no deducible, no pudiendo ser consideradas de gastos de personal. De otra parte, advierte, “aún admitiendo la flexibilización de la Ley 43/1995, en relación con su predecesora, la Ley 61/1978, en cuanto a la naturaleza necesaria del gasto, pero no obligatorio, sin constituir liberalidad, es un error invocar al respecto la Resolución de la Dirección General de Tributos de 12 de marzo de 2009 (JT 2009, 496), pues ésta última parte de que los estatutos sociales establezcan el carácter remunerado del cargo.”

46 Como acertadamente señala GARCIA-OVIES, casi veinte años más tarde de la Ley 43/1995 nuestros Tribunales siguen analizando los gastos deducibles en el IS desde la perspectiva del concepto de “gasto necesario”, ya desaparecido de la norma, y además la interpretación que continúan haciendo del concepto de “liberalidad”, aún vigente, no tiene en cuenta aquella pretendida renovación (“La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores” op. cit., p. 96).

47 Conforme al principio de autonomía de la voluntad, dice la STS de 22 de diciembre de 2011, “el artículo 1255 Cc establece la libertad de pactos pero fija unos límites, no ser contrario a la moral o la orden público y no perjudicar a terceros, de manera que cuando los pactos excedan de lo socialmente aceptable, las retribuciones pagadas no pueden considerarse otra cosa que meras liberalidades no generadoras de gasto deducible”. Véase, a mayor abundamiento, el comentario crítico a las SSTs de 26 de septiembre y 30 de octubre de 2013 que realiza PEDREIRA MENÉNDEZ, J., “La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e impuesto sobre sociedades” en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 373, 2014.

48 Señala al respecto PEDREIRA MENÉNDEZ que la existencia de un defecto formal como la falta de consignación en estatutos, que se exige en el ámbito mercantil, puede denotar falta de diligencia por parte de la entidad, pero en ningún caso es admisible que estemos en presencia de una liberalidad ni que exista un *animus donandi* en la entidad (“La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e impuesto sobre sociedades” op. cit., p. 178).

49 En sendos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª) de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2014 (JT 2014, 1665), resolviendo un caso de retribución de administradores en el que no existía reserva estatutaria sino un contrato de alta dirección, se estima que las rentas obtenidas no podían considerarse emanadas del ejercicio de funciones de administrador, constituyendo, en verdad, una retribución de fondos propios proveniente de la condición de socio, esto es, no deducible en el impuesto sobre sociedades. En tal sentido, entiende la Audiencia que la cuantía percibida por el administrador no constituía, en verdad, una remuneración por sus labores de gestión o dirección, sino un dividendo derivado de su condición de socio, en la medida en que aquél no efectuaba actividad alguna en la entidad. Un comentario a estas sentencias puede consultarse en DE MIGUEL ARIAS, S., “De nuevo sobre la calificación tributaria de las retribuciones de los socios administradores de entidades”, en *Revista Quincena Fiscal*, 12/2015.

50 Además, dice GARCIA-OVIES, con el argumento de la nulidad del acuerdo que establece las retribuciones se les ha privado de efectos en el orden tributario en tanto pueden seguir teniéndolos en el orden societario, puesto que, si los intereses de los socios, administradores o cualquier tercero legitimado no se ven afectados por el acuerdo y no se impugna éste, subsistirá y tendrá plena eficacia (“La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores” op. cit., p. 94).

51 Resolución 6/2014, de 6 de febrero, del Tribunal Económico Administrativo Central y STS de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 6529) (4820/2013). En concreto, la primera de ellas, dictada en unificación de la doctrina, se ha referido a la posible consideración de duplicidad impositiva por la tributación en el IRPF y en el IS, señalando que “la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas

Físicas queda al margen de que la cantidad percibida sea o no deducible en el Impuesto de Sociedades, de tal forma que la tributación en el IRPF de las remuneraciones obtenidas como administrador societario tiene carácter obligatorio”.

52 Como viene siendo tradicional en el seno de este impuesto, el vigente artículo 17.2. e) LIRPF considera, *en todo caso*, rendimientos del trabajo a las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos.”

53 GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., “La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores”, cit, p. 98. En el mismo sentido, PEDREIRA MENÉNDEZ, J., “La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e impuesto sobre sociedades” op. cit., p. 177 y 178.

54 GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., “La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores”, op. cit, p. 98.

55 Véase en este sentido la Sentencia del TSJ Asturias de 21 de junio de 2010. Por su parte, como viene sosteniendo reiteradamente la Dirección General de Tributos en la contestación a consultas vinculantes en materia del impuesto sobre sociedades, “todo gasto contable será deducible siempre que cumpla las condiciones legalmente establecidas en términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, correlación de ingresos y gastos y justificación documental, y no tenga la consideración de fiscalmente no deducible por aplicación de algún precepto específico establecido en la LIS”

56 Apunta a este respecto GARCÍA-OVIES que la redacción de este artículo, incluido ya en el Proyecto de Ley, utiliza una expresión más genérica de la inicialmente prevista en el Anteproyecto y que se corresponde bastante con la interpretación de nuestro Tribunal Supremo al impedir la deducción de las remuneraciones no previstas estatutariamente, por infringir, no ya las normas tributarias, sino las mercantiles, lo que hace pensar que dicha interpretación jurisprudencial estaba presente en el momento de la redacción del Proyecto (“La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores”, cit, p. 99-100).

57 Entre los diversos alcances de este precepto, se hablaba de la no deducibilidad de los intereses de demora derivados de actas de inspección, cuando el contribuyente hubiera cometido infracción administrativa, de acuerdo con la jurisprudencia del Supremo, pues, si había realizado una actuación ilícita, no debía beneficiarse de la deducción de esos intereses. O también pueden caer aquí los pagos en efectivo que incumplan los límites legales y que, consecuentemente, tampoco serían deducibles.

58 GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., “La delimitación negativa del concepto de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Especial consideración de las retribuciones de los administradores”, cit., p. 99.

59 Consultas V0441-14 (JUR 2014, 133799) y V1613-15 (JUR 2015, 193539), más arriba citadas.

60 De acuerdo con el artículo art 305.2 b) TRLGSS, se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial “quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social”. Asimismo, se establece la presunción, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. 2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad. En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

61 En virtud de dichos preceptos, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, y deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general (arts. 249.3 y 249.4 LSC).

62 La interpretación conjunta de los preceptos sobre retribuciones de administradores en la LSC con respecto a las sociedades no cotizadas se explica en la sentencia de la siguiente manera: “la relación entre el art. 217 LSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 LSC no es de alternatividad, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 LSC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219. Al contrario, la relación entre unos y otros preceptos es de carácter acumulativo, el régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 LSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos.”

63 Vid. ÁVAREZ BARBEITO, P., “Incidencia fiscal del nuevo criterio del TS sobre la deducción de las retribuciones de los administradores con funciones ejecutivas”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF., N.º 423, 2018, p. 114.

64 En efecto, la sentencia viene a considerar que LSC no distingue entre las diferentes funciones de los administradores o de los consejeros, a los efectos de que pudiera escaparse la retribución de las funciones ejecutivas de la reserva estatutaria y de la política de retribuciones fijadas por la Junta, sino que todas ellas (deliberativas, de gestión, de dirección...) son propias de la condición de administrador.

65 Así lo apuntan las SSTs de 30 de octubre de 2013 (5524/2013) y 22 de diciembre de 2011 (9267/2011), en tanto consideran que unas retribuciones por encima de lo socialmente admisible no serían otra cosa que meras liberalidades no deducibles.

66 Vid. Resolución 6/2014, de 6 de febrero (JT 2014, 549), del Tribunal Económico Administrativo Central, ya citada en páginas

precedentes.

67 Recuérdese que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 e) LIRPF, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo, *en todo caso*, “las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos”. artículo 17A mayor abundamiento, la Dirección general de Tributos acoge a estos efectos y sin fisuras la doctrina del vínculo, considerando que aun admitiendo que pudiera existir un contrato laboral entre la sociedad y su consejero delegado que le retribuye determinadas funciones ejecutivas o de alta dirección, la totalidad de las retribuciones percibidas por el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador (gestión, administración, dirección y representación de la sociedad), deben entenderse comprendidas, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en los rendimientos del trabajo previstos en la letra e), del apartado 2, del de la LIRPF (V-1984-18) (JUR 2018, 248385). Ello supone, como es sabido, someterse a la aplicación del tipo específico de retención del 35 por ciento establecido en artículo 101.2 LIRPF.

68 En su virtud, no son deducibles en la base imponible del impuesto los gastos derivados de la extinción de la relación laboral, común o especial, o de la relación mercantil de los administradores y consejeros aun cuando se satisfagan en varios periodos impositivos, que excedan, para cada perceptor, del mayor de los siguientes importes: - Un millón de euros. - El importe establecido con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato. Asimismo, cuando se trate de despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerzamayor, el límite será el importe establecido con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente. Se refiere la LIS a los despidos regulados en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 de dicha norma. A los efectos de computar estos límites, se tomarán en consideración las cantidades satisfechas por otras entidades que formen parte de un mismo grupo de sociedades (entendiendo por tales los que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio), con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.