



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

ASPECTOS JURÍDICOS Y TRIBUTARIOS DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Carlos Pedreño López

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Carlos Pedreño López

**ASPECTOS JURÍDICOS Y TRIBUTARIOS DE LA REMUNERACIÓN DE LOS
ADMINISTRADORES**

TESIS DOCTORAL

dirigida per la Dra. Estela Rivas Nieto

Departament de Dret Privat, Processal i Financer



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

2017



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat "Aspectos jurídicos y tributarios de la remuneración de los administradores" que presenta Carlos Pedreño López per a l'obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció al Departament de Dret Privat, Processal i Financer d'aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado "Aspectos jurídicos y tributarios de la remuneración de los administradores", que presenta Carlos Pedreño López para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled "Legal and tax aspects of the remuneration of the administrators", presented by Carlos Pedreño López for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Private, Procedural and Financial Law of this university.

Tarragona, 05/06/2017

El/s director/s de la tesi doctoral
El/los director/es de la tesis doctoral
Doctoral Thesis Supervisor/s

A handwritten signature in blue ink, which appears to read "Estela Rivas Nieto", is written over a blue circular stamp. The stamp contains the university's logo and the text "UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI" and "DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT, PROCESSAL I FINANCER".

Estela Rivas Nieto

“No hacemos nada porque no tenemos el dinero necesario.
Pero es precisamente porque no hacemos nada por lo que no tenemos dinero”

J. M. Keynes

ÍNDICE

1.- ÍNDICE DE ESQUEMAS Y TABLAS	11
2.- ABREVIATURAS	13
3.- RESUMEN.....	19
4.- INTRODUCCIÓN	21
4.1.- Objetivos	23
4.2.- Estructura	24
4.3.- Metodología	25
PARTE I: LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: ASPECTOS JURÍDICOS.....	27
5- LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD.....	29
5.1.- La definición de administrador	29
5.1.1.- Concepto	30
5.1.2.- Funciones. Modos de organizar sus competencias	32
5.1.3.- Capacidad y prohibiciones	37
5.1.4.- Nombramiento y aceptación	40
5.1.5.- Administrador de hecho y de derecho. Supuestos	42
5.1.6.- Administrador persona jurídica.....	50
5.2.- El órgano de administración	52
5.2.1.- Concepto	53
5.2.2.- Modos de organizar la administración	56
5.2.3.- Competencia.....	58
5.3.- Los deberes de los administradores.....	63
5.3.1.- El deber general de diligencia.....	67
5.3.1.1.- La discrecionalidad empresarial.....	75
5.3.2.- El deber de lealtad.....	80
5.3.2.1.- Las obligaciones básicas del deber de lealtad.....	83
5.3.2.2.- El deber de evitar situaciones de conflicto de interés	94
5.3.3.- El régimen de imperatividad y dispensa	102
5.3.4.- Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.....	107
5.4.- La representación de la sociedad.....	108

5.4.1.- La atribución del poder de representación	109
5.4.2.- El ámbito del poder de representación	114
5.5.- La calificación jurídica relación administrador-sociedad	122
5.5.1.- La naturaleza de la relación	123
5.5.2.- La compatibilidad con la relación laboral.....	136
6.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	147
6.1- La evolución normativa.....	150
6.2.- La remuneración	153
6.2.1.- La retribución vs la remuneración.....	154
6.2.2.- El ámbito objetivo de la remuneración	158
6.2.3.- El ámbito subjetivo de la remuneración.....	167
6.3.- La gratuidad del cargo.....	176
6.4.- El principio de la libertad empresarial	180
6.5.- El sistema de remuneración	185
6.5.1.- Los requisitos generales	185
6.5.2.- La remuneración mediante participación en beneficios.....	194
6.5.3.- La remuneración vinculada a las acciones de la sociedad	202
6.5.4.- Otros sistemas de remuneración	205
PARTE II: LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL	209
7.- EN EL IS	211
7.1.- El concepto de gasto a efectos fiscales	213
7.1.1.- El concepto de gasto	215
7.1.2.- La evolución del concepto de gasto	218
7.1.3.- Los requisitos de deducibilidad de los gastos	225
7.2.- La remuneración como gasto deducible en el IS	228
7.2.1.- El origen del problema.....	229
7.2.2.- Los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto..	237
7.2.3.- La certeza estatutaria de la remuneración como requisito	256
7.3.- La LIS de 2015 y la doctrina del vínculo	265
7.3.1.- Los gastos no deducibles del art. 15	267
7.3.2.- El régimen de las operaciones vinculadas y la teoría del vínculo.....	275

8.- EN EL IRPF	293
8.1.- La calificación de la remuneración en el IRPF	295
8.1.1.- Aproximación conceptual	296
8.1.2.- La calificación de la remuneración de los administradores	300
8.2.- La remuneración como rendimiento del trabajo y de actividad económica..	310
8.2.1.- Consideraciones previas.....	313
8.2.2.- Rendimientos del trabajo vs de actividad económica:	
Supuestos de hecho	314
8.3.- La teoría del vínculo en otros aspectos del IRPF.....	338
8.3.1.- Las asignaciones para dietas y gastos de viajes	339
8.3.2.- Las prestaciones societarias por jubilación	345
8.3.3.- Las retenciones.....	347
9.- EN EL IP	353
9.1.- Consideraciones generales	354
9.2.- La exención de las participaciones en sociedades: requisitos	356
9.3.- Las participaciones en sociedades y la teoría del vínculo.....	365
10.- EN EL ISD	371
10.1.- Consideraciones generales	372
10.2.- La reducción de participaciones en sociedades en herencias.....	375
10.3.- La reducción de participaciones en sociedades en donaciones.....	383
11- EN EL IVA	391
11.1.- Consideraciones generales	392
11.2.- Las prestaciones de servicios desempeñadas por el administrador.....	395
12.- CONCLUSIONES	411
13- BIBLIOGRAFÍA.....	419
14.- WEBGRAFÍA	433
15.- ANEXO JURISPRUDENCIA	439

1.- ÍNDICE DE ESQUEMAS Y TABLAS.

Esquemas:

1.- La relación jurídica sociedad-administrador	126
2.- Las funciones del administrador societario	129
3.- La doctrina del vínculo.....	139
4.- La compatibilidad de las funciones del administrador societario	145
5.- El ámbito de la remuneración de los administradores societarios	159
6.- La doctrina del vínculo en el IS	237
7.- Los requisitos fiscales de las remuneraciones.....	243
8.- La liberalidad o legalidad de las remuneraciones en la teoría del vínculo.....	254
9.- La deducibilidad de las remuneraciones por las funciones ejercidas: la teoría del vínculo y el art15.e) de la LIS de 2015.....	271
10.- La remuneración como una operación dentro del ámbito de vinculación.....	286
11.- La remuneración excluida de los supuestos de operación vinculada	291
12.- La remuneración de los administradores societarios y la separación de funciones.....	318

Tablas:

1.- Las operaciones vinculadas antes y después de la actual LIS de 2015	292
2.- Las calificaciones de las remuneraciones en la relación jurídica sociedad-administrador	310
3.- La calificación de los rendimientos del administrador por las funciones prestadas a la sociedad	333
4.- La prestación de servicios desempeñada por el administrador y su sujeción al IVA	406

2.- ABREVIATURAS.

AAVV	Autores varios
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ap.	apartado
art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio, Real Decreto de 22 de agosto de 1885
CE	Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre
CV	Consulta Vinculante
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
disp.	disposición
disp. adic.	disposición adicional
disp. trans.	disposición transitoria
doc.	documento
Ed.	Editorial
ed.	Edición
ET	Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

exp.	expediente
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
ICIO	Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRPF	Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LC	Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9 de julio
LCD	Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991 de 10 de enero
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LGT	Ley General Tributaria, Ley 58/2003 de 17 de diciembre
LGSS	Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre
LHL	Ley Reguladora de las Haciendas Locales, Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, Ley 19/1991 de 6 de junio
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, Ley 35/2006 de 28 de noviembre
LIS de 1978	Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley 61/1978, de 27 de diciembre
LIS de 1995	Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley 43/1995, de 27 de diciembre
LIS de 2004	Ley del Impuesto sobre Sociedades; Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo
LIS de 2015	Ley del Impuesto sobre Sociedades; Ley 27/2014, de 27 de noviembre
LISD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987 de 18 de diciembre

LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, Ley 37/1992 de 28 de diciembre
LMV	Ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988 de 28 de julio
LOPJ	Ley del Poder Judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio
LSA	Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre
LSC de 2010	Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio
LSC de 2014	Ley de Sociedades de Capital modificada para la mejora del gobierno corporativo, Ley 31/2014 de 3 de diciembre
LSP	Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995 de 23 de marzo
núm.	número
ob.cit.	obra citada
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OM	Orden Ministerial
p.	Página
pp.	Páginas
PGC de 1990	Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre
PGC de 2008	Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1514/2007 y Real Decreto 1515/2007 de 16 de noviembre
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RD	Real Decreto
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RdS	Revista de Sociedades
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RFac	Reglamento de facturación, Real Decreto 1619/2012 de 30 de noviembre

RGGI	Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de Gestión e Inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, Real Decreto 439/2007 de 30 de marzo
RIS de 1982	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, Real Decreto 2631/1982 de 15 de octubre
RIS de 1997	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, Real Decreto 537/1997 de 14 de abril
RIS de 2004	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, Real Decreto 1777/2004 de 30 de julio
RIS de 2015	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, Real Decreto 634/2015 de 10 de julio
RISD	Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Real Decreto 1629/1991 de 8 de noviembre
RIVA	Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, Real Decreto 1624/1992 de 29 de diciembre
RM	Registro Mercantil
RN	Reglamento de la organización y régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944
RRM	Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio
SA	Sociedad Anónima
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAE	Sociedad Anónima Europea
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
secc.	Sección
SL	Sociedad Limitada o Sociedad de Responsabilidad Limitada
SLNE	Sociedad Limitada Nueva Empresa
ss.	siguientes
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional
SSAP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo

SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
t.	Tomo
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
vol.	Volumen

3.- RESUMEN.

Las sociedades de capital necesitan de personas (físicas y jurídicas) que dirijan el funcionamiento, la organización y la representación de las mismas para conseguir sus objetivos predeterminados. La figura del administrador aparece como el prestador necesario y esencial de esos servicios. La relación jurídica entre la sociedad y el administrador convierte a la remuneración en el elemento clave a examinar.

A través del presente trabajo de investigación conocemos el funcionamiento y las obligaciones de los órganos de gobierno de las sociedades y analizamos el carácter de esa relación jurídica. Como consecuencia de ello encontramos dos tipos de naturalezas: la relación mercantil y la relación laboral, cada una de ellas supondrá un régimen de remuneración distinto. Por consiguiente, nos planteamos su compatibilidad y se propone la separación de funciones del administrador en: no ejecutivas y ejecutivas. De este modo, observamos los aspectos jurídicos de la remuneración, tal es el caso de los conceptos que la integran, su importe y a los administradores que principalmente afecta, en función de la naturaleza de la relación (ámbito de la remuneración). Como también de la gratuidad del cargo (regla general) y de la determinación de los sistemas de remuneración con el requisito de reserva estatutaria. En este sentido, abogamos porque las remuneraciones de los administradores con funciones ejecutivas queden al margen de cualquier constancia estatutaria.

Desde el ámbito tributario, la naturaleza de la relación administrador-sociedad y su remuneración afectan en la deducibilidad fiscal de la sociedad y en la calificación de los rendimientos del administrador en su declaración de renta. Así, defendemos la remuneración como gasto fiscal deducible al margen de la normativa mercantil si cumple con el ordenamiento fiscal. Asimismo sostenemos la separación de funciones del administrador para poder clasificar la remuneración como de rendimiento del trabajo o de actividad económica. Incluso es importante apreciar la condición de empresario o profesional a los efectos de la repercusión de algún impuesto. Igualmente apoyamos la aplicación de las exenciones fiscales sobre las participaciones en sociedades sin que la remuneración por el ejercicio de funciones directivas requiera cobertura estatutaria.

4.- INTRODUCCIÓN.

La preocupación por la gestión de las sociedades y su buen gobierno se han convertido en los principales propósitos a combatir por los socios (propietarios) de las empresas y por las autoridades económicas de cada país. Las crisis económicas y financieras de los años 50, 70, 90 e incluso la más cercana en el tiempo del año 2007 evidenciaron la falta de rigor y transparencia de las sociedades, lo que influyó negativamente en su valor empresarial y su sostenibilidad. Las medidas de control y criterios organizativos para favorecer el interés social y el mejor funcionamiento de la sociedad redundarán en una mayor confianza y situación económica de la misma.

El administrador (como órgano de administración) surge como la persona (física o jurídica) encargada de llevar a cabo la gestión y representación de las sociedades, cuya labor ha de ser remunerada. Precisamente, el administrador y su remuneración se convierten en aspectos claves para la mejora del gobierno corporativo de las empresas.

De este modo, el administrador ejerce sus funciones del cargo y realiza otras prestaciones de servicios para la sociedad remunerándose por cada una de ellas, apareciendo diversas formas de remuneración al respecto. La sociedad debe buscar un justo equilibrio entre satisfacer las pretensiones del administrador que presta sus servicios y las posibilidades económicas de asumirlo. Desde luego, las remuneraciones no son iguales en las grandes sociedades con complejos sistemas de organización de la administración que en las pequeñas con sistemas de organización más simples.

No obstante, con independencia del modo en que se organice la sociedad la inquietud por la remuneración de los administradores es un tema recurrente y evidente. En este sentido, saber lo que cobran los administradores de las sociedades se ha convertido en una cuestión empresarial de enorme interés. No es argumento menor, determinar los diferentes sistemas de remuneración por las distintos servicios desempeñados que señalen los conceptos retributivos y sus límites, saber a quién corresponde fijar la remuneración de los administradores o, simplemente, si deben ser remunerados o no por su condición de administradores de la sociedad. Y es que podemos avanzar que, como norma general, el cargo de administrador se entiende

gratuito, salvo que las normas de organización y funcionamiento de la sociedad (estatutos sociales) establezcan lo contrario. En definitiva, todas estas premisas inciden directamente sobre el buen gobierno de la sociedad.

Por ello, resulta necesario analizar los aspectos jurídicos que envuelven la remuneración de los administradores societarios como uno de nuestros objetivos del presente trabajo. Así, el ámbito de la remuneración debe contener unos sistemas de reparto, que incluyan los conceptos que la integran, establezcan el importe a remunerar y quién debe cobrar por el ejercicio de las funciones desarrolladas. También, es ineludible considerar la previsión estatutaria de esos sistemas de remuneración, aunque según los servicios prestados por el administrador tendrán un régimen de remuneración diferenciado.

Así pues, las políticas de remuneración de los administradores que tienen su efecto directo sobre el rendimiento de las sociedades se cuestionan el importe, su régimen jurídico y su regulación normativa. Continúa siendo una asignatura pendiente que la evolución legislativa no avance lo suficiente para resolver los problemas que genera la remuneración de los administradores. Tal es el caso de la reforma de la LSC de 2010 y de 2014 que, si bien ésta última es más rigurosa y ordenada, no han aprovechado la ocasión para profundizar en el dispar régimen de remuneración como consecuencia de la gestión social y de la gestión de empresa.

De igual forma, conocer las implicaciones fiscales de los diferentes regímenes jurídicos de la remuneración es el otro de nuestros objetivos de nuestro trabajo. O dicho de otra forma, los aspectos tributarios de la remuneración de los administradores en los sujetos intervinientes: la sociedad y el administrador. Para la sociedad pagadora, la remuneración de los administradores por los servicios prestados supone un gasto e incide en su resultado económico. Entonces, resulta primordial averiguar si ese gasto es fiscalmente deducible para la sociedad, requiere de constancia estatutaria y a qué sistema de remuneración se aplica tal deducción. Y para el administrador, la remuneración percibida se convierte en un ingreso por el que debe tributar en su IRPF. La calificación del rendimiento según la procedencia del servicio prestado ocasionará un tratamiento fiscal distinto (por ejemplo, la remuneración como rendimiento del trabajo o de actividad económica). Además, se convierte en requisito esencial para la

aplicación práctica de los incentivos fiscales en la titularidad participaciones en sociedades y en la transmisión de las mismas (ya sea por donación ya sea por herencia). Finalmente, conviene discernir si la remuneración recibida por los administradores societarios es una contraprestación a los servicios realizados que comporta la repercusión del IVA.

4.1.- OBJETIVOS.

El objetivo principal consiste en analizar la remuneración de los administradores de las sociedades de capital e investigaremos los diferentes regímenes jurídicos de aquella, distinguiendo entre lo retribuido por la gestión social y por la de empresa. Para ello trataremos, por un lado, los aspectos jurídicos y, por otro lado, los aspectos tributarios de las remuneraciones.

No obstante, aunque la remuneración afecta a todos los administradores de todo tipo de sociedades de carácter mercantil, nuestro trabajo quedará centrado, por lo general, en el ámbito de las sociedades de capital y, en concreto, las SL y las SA no cotizada, sin perjuicio de la posible mención a algún otro tipo de entidad. Y la remuneración tiene su efecto en el ámbito fiscal que aunque se diversifica dentro de éste, concretamente convenimos sus consecuencias en la imposición directa de las sociedades (IS), en la renta del administrador como persona física (IRPF), en la titularidad de las participaciones en sociedades (IP) y en las transmisiones de las participaciones en sociedades (ISD). Asimismo, consideramos la relevancia de la imposición indirecta en los servicios prestados por el administrador para la sociedad (IVA).

Para alcanzar el mencionado objetivo, a lo largo del trabajo, nos plantearemos las siguientes particularidades:

- El carácter de la naturaleza de la relación administrador-sociedad.
- El ámbito de la remuneración.
- La gratuidad del cargo.
- La deducibilidad fiscal de las remuneraciones.
- La calificación fiscal de los rendimientos percibidos.

- La aplicación de los incentivos fiscales por las remuneraciones.
- La repercusión fiscal de las prestaciones de servicios desempeñadas.

Finalmente, conviene aclarar que no forma parte de nuestro objetivo analizar los resultados jurídicos y fiscales de la condición de socio. No obstante, para una mejor comprensión de la exposición podemos hacer mención a dicha condición.

4.2.- ESTRUCTURA.

El trabajo de investigación se estructura en dos grandes bloques: el jurídico y el fiscal, con un total de quince capítulos. Los cuatro primeros corresponden a los índices de esquemas y tablas, las abreviaturas, el resumen y la introducción, respectivamente.

Básicamente, el primer gran bloque, que se compone de dos capítulos (quinto y sexto), plantea los aspectos jurídicos de la remuneración de los administradores. En primer lugar, se examinará la administración de la sociedad, esto es, la figura del administrador y su relación con la sociedad. Para ello es necesario partir de un concepto de administrador, saber las formas de organizar la administración, conocer los deberes generales del cargo, sus competencias y la calificación de la relación jurídica existente entre la sociedad y el administrador. De esta manera, la naturaleza de la relación jurídica nos conducirá a diferentes regímenes de la remuneración y a sus implicaciones fiscales según el motivo y la procedencia. En este sentido, este bloque se acabará con el análisis de la remuneración como contraprestación al ejercicio de las diferentes funciones realizadas en y para la sociedad. Es decir, resulta necesario averiguar los componentes que la integran, el importe de la misma y la determinación de los sistemas de remuneración.

En el segundo gran bloque del trabajo, que se organiza en cinco capítulos (séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo), se introducen los aspectos tributarios para concretar la imposición por la remuneración de los administradores. Así, en el IS, la remuneración como gasto deducible fiscalmente para la sociedad; en el IRPF, la calificación de la remuneración percibida como rendimiento del trabajo y de actividad económica; en el IP, el requisito de la remuneración para la exención fiscal por la

titularidad de las participaciones en sociedades; en el ISD, la remuneración como condición para la reducción fiscal por las transmisiones de participaciones en sociedades (en herencias y en donaciones); y en el IVA, la sujeción de las remuneraciones percibidas por prestaciones de servicios desempeñadas para la sociedad.

Por último, el presente trabajo acabará con la formulación de conclusiones (capítulo duodécimo) dónde se realizarán aportaciones sobre los diferentes regímenes de remuneración que proponemos, su compatibilidad (superando la llamada doctrina del vínculo) y la fiscalidad de la remuneración del administrador. Finalmente, los capítulos décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto se destinarán a la Bibliografía, la Webgrafía y el Anexo de jurisprudencia, correspondientemente.

4.3.- METODOLOGÍA.

Las fuentes de información que se han utilizado en el presente trabajo han sido la doctrina, la legislación (anterior y vigente), la jurisprudencia de los tribunales (TJUE, TS, AN, AP, TSJ y Juzgado de lo Mercantil), la Webgrafía especializada, las resoluciones administrativas de la DGRN y de la DGT y la AEAT a través de sus notas informativas.

Para ayudar a una mejor comprensión del trabajo se realizarán esquemas, tablas y ejemplos prácticos, todos ellos de elaboración propia, para hacer más entendible los conceptos jurídicos y fiscales manejados. Muchos de los ejemplos que se incorporarán parten de mi experiencia como economista en el ejercicio del asesoramiento fiscal y mercantil para las sociedades y empresarios individuales.

Por último, convenimos resaltar la dificultad existente en abordar el tema de la remuneración de los administradores dada la poca e imprecisa regulación mercantil y fiscal, cuestión que criticamos. Y no sólo por la importancia del tema en sí, como ya hemos introducido, sino por la inseguridad jurídica que supone. Asimismo, estimamos indispensable destacar que durante la elaboración del trabajo de investigación se han producido novedades legislativas mercantiles y fiscales, básicamente se introdujo la LSC de 2014 y la LIS de 2015, lo que ha supuesto examinar, modificar y ampliar en

algunos casos el estudio de los concretos aspectos. Motivo por el cual hemos considerado oportuno diferenciar la argumentación según la vigencia de una u otra norma sustantiva (haciéndolo constar según el año), aunque ello suponga un retraso en la finalización del trabajo. De este modo, obtendremos comparativas y opiniones encontradas, incluso comprobaremos como algunas de nuestras propuestas a la regulación anterior coinciden con los cambios en la nueva ordenación.

**PARTE I: LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE
CAPITAL: ASPECTOS JURÍDICOS**

5.- LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD.

La administración de la sociedad es necesaria no sólo para la existencia de ésta, sino para su continuidad en el tiempo. Además, garantiza el correcto funcionamiento de la sociedad. A través de la administración, la sociedad actúa, se relaciona y se desarrolla en la búsqueda de unos objetivos preestablecidos. Por tanto, la administración permitirá conocer y organizar las actividades que la sociedad debe desempeñar, teniendo en cuenta las necesidades de ésta, y con la finalidad de alcanzar los resultados planificados. Asimismo deberá administrar el patrimonio de la sociedad y determinar las políticas empresariales.

En el presente capítulo vamos a examinar a la persona encargada de llevar a cabo la administración de la sociedad, es decir, el administrador. Posteriormente, una vez definido el administrador y sus competencias, comentaremos los modos de organizar la administración, los deberes de los administradores y la representación de la sociedad que ostentan. Finalmente, analizaremos la relación jurídica existente entre el administrador y la sociedad.

5.1.- LA DEFINICIÓN DE ADMINISTRADOR.

La administración de las sociedades consiste en una serie de actividades organizadas y controladas para alcanzar unos objetivos predeterminados mediante el uso de recursos técnicos y humanos. Por ello, inicialmente, se hace necesario definir el concepto de la persona encargada de administrar: el administrador. De este modo, podremos explicar las funciones del administrador y los modos de organizar la administración, quién puede o no ser administrador, el nombramiento y la aceptación de tal cargo, el administrador de hecho y de derecho y la designación como administrador de una persona jurídica. Cabe mencionar que la persona o personas que ejerzan de administradores conforman el órgano de administración, cuestión a la que nos referiremos en el apartado 5.2 del presente capítulo.

5.1.1.- Concepto.

La sociedad necesita la designación de personas que dirijan su funcionamiento y organización. DÍEZ PICAZO señala que las personas jurídicas tienen que valerse, para llevar a cabo actos y negocios jurídicos, de la colaboración de otros¹. La sociedad desde su constitución adquiere su personalidad jurídica, hecho que comporta su capacidad de obrar², si bien precisa de determinadas personas, los administradores, que así nombradas consigan *ab initio* el fin social para el cuál se creó la sociedad. Los administradores constituyen el medio por el cual la sociedad manifiesta su voluntad de actuar y obliga a la misma con los actos de aquellos. Así, pues podríamos definir la administración societaria como una serie de actos y decisiones, dentro del ámbito de su competencia, sobre el patrimonio social con la finalidad de conseguir el objeto social establecido. Según PAZ-ARES, podemos distinguir, dentro del conjunto de actos y decisiones, entre la función de gestión social y la función de representación. Son diferentes formas de contemplar la actividad del administrador, según se analice desde la perspectiva de las relaciones internas de la sociedad (gobierno) o desde el plano de las relaciones externas (con terceros)³.

Hablamos, pues, de una representación de la sociedad esencial (garante del gobierno y de su funcionamiento) y necesaria (no puede subsistir una sociedad sin administradores). La designación de las personas físicas o jurídicas⁴ que han de tener este poder de representación de la sociedad parte de la voluntad de los propios interesados (ya sea fundadores o miembros de ella)⁵. De la misma manera, la

¹ DÍEZ PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 70 a 74.

² Así lo establece el CC, en sus arts. 35 y 38.1 sobre las personas jurídicas.

³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., en URÍA GONZÁLEZ, R. Y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 579 y 580. Citamos la edición del año 1999 a los efectos del concepto y actividad del administrador que ya por entonces realizaba el autor.

⁴ El cargo de administrador puede ser ostentado por una persona física o jurídica, como así se dispone en la LSC de 2010 (y de 2014) en sus arts. 212 y 212 bis y en el art. 143 del RRM.

⁵ Las personas que constituyan la sociedad son las encargadas del nombramiento inicial de los administradores. Una vez constituida la sociedad, en el desarrollo de su ejercicio social, la designación de los administradores será competencia exclusiva de la junta general de socios. La regulación la encontramos en la LSC de 2010 (y de 2014 para la mejora del gobierno corporativo), en sus arts. 160, letra b), y 214, sobre las competencias para el nombramiento de los administradores.

Conviene decir que la modificación de la LSC de 2014 se debe al creciente interés por el buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas o no, tal y como previene el preámbulo de la Ley 31/2014. Una mejora del gobierno y administración de las sociedades genera confianza y transparencia, asegura mayor eficiencia y contribuye a crear valor empresarial. La reforma, básicamente, se refiere a modificaciones en materia de la junta general y los derechos de los socios, y en relación con el órgano de administración de la sociedad.

determinación de las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada de los interesados. Nos referimos, entonces, a una representación orgánica⁶.

Así, la sociedad necesita de personas que, estructurado el modo de órgano de la sociedad, obtenga la finalidad para la cuál se constituyó. Los administradores conforman un verdadero órgano societario, denominado órgano de administración, al cual se le confía las funciones de representación y de gestión de la sociedad, de acuerdo con lo previsto en la LSC y en los estatutos sociales (normas articuladas que determinan la organización y el funcionamiento de la sociedad) de la misma. Por lo tanto, la gestión y la representación de la sociedad ha de considerarse como competencia atribuida por la LSC al órgano de administración en todos los actos comprendidos en el objeto social, es decir, entenderemos ese órgano de administración como órgano de la sociedad al que se le encomienda *stricto sensu* la administración de la misma⁷.

En este sentido, SÁNCHEZ CALERO⁸ comenta que puede observarse que la persona nombrada como administrador de la sociedad es no sólo titular del órgano administrativo, sino que llega a identificarse con él hasta el punto de que la LSC denomina a esa o esas personas justamente como administradores, aún en la hipótesis de que sea fácil la distinción entre la persona nombrada (administrador) y el órgano en el que se estructura (órgano de administración), como sucede cuando forman parte de un órgano colegiado, como es el consejo de administración⁹.

⁶ DÍEZ PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, ob. cit., pp. 70 a 74. También, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 37ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 529 a 530 y 555 a 556, opinan al respecto de la representación orgánica, constituyendo un instrumento necesario, para que la sociedad pueda manifestar externamente su voluntad y ejecutar los actos necesarios para el desarrollo de su actividad.

⁷ Así lo determina la LSC de 2010 (y de 2014) en los arts. 209 y ss, sobre disposiciones generales de la administración de la sociedad; los arts. 22 y 23, sobre contenido de la escritura de constitución y los estatutos sociales y los arts. 233 y 234, sobre la representación de la sociedad, respectivamente.

En concreto, el art. 209 de la LSC de 2010 (y de 2014) establece como las competencias del órgano de administración (y de los administradores) “la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”. Sobre este particular, volveremos en los apartados 5.2.2 y 5.2.3, sobre los modos de organizar la administración de la sociedad y sus competencias, respectivamente.

⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, p. 40.

⁹ La LSC de 2010 (y de 2014) utiliza igual término para denominar a la persona que es administrador como para la forma o el modo en que se estructura el órgano de administración, como podemos comprobar en los arts. 209, 210, 242, 244, 246, 249 y 251 de la citada norma.

5.1.2.- Funciones. Modos de organizar sus competencias.

Si acudimos al ámbito empresarial, las funciones propias que desempeña cualquier empresario son: la dirección, el control, la supervisión y la representación; y, además, podemos incluir la gestión de esas funciones inherentes. En otras palabras, el empresario dirige (dirección) su empresa, según los objetivos por él definidos, y los desarrolla y ejecuta (gestión)¹⁰.

Desde el marco de las sociedades de capital, coincidimos con DURÁN-SINDREU BUXADÉ que la LSC no define cuáles son las funciones del administrador. El art. 209 de la LSC de 2010 (y de 2014) queda delimitado a establecer que “es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”. Las modificaciones introducidas por la LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo, precisan más el marco de actuación de los administradores. De este modo, la nueva redacción del deber general de conducta diligente (art. 225), la discrecionalidad empresarial en la toma de decisiones estratégicas (art. 226) y las facultades indelegables del consejo de administración (art. 249 bis), nos concretan el desempeño del administrador en las funciones inherentes al cargo¹¹. Tales cuestiones las iremos abordando a lo largo de este capítulo, quede aquí a los meros efectos de determinar las funciones propias del administrador.

Para VICENT CHULIÁ¹² la sociedad, como persona jurídica, organización abstracta o inanimada, creación técnico-jurídica, necesita actuar o expresar su voluntad, a través de personas físicas, socios o no, a quienes la sociedad nombra o contrata como administradores. Por lo que es necesario distinguir entre las facultades atribuidas individualmente y las atribuidas al órgano societario como tal.

¹⁰ Compartimos la opinión de DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales. Teoría del vínculo*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 66, sobre la distinción entre funciones inherentes a la titularidad de la empresa (gestión de sociedad) y las relativas a su gestión diaria (gestión de empresa). El autor distingue entre dirección en sentido estricto y la gestión, dirección en sentido amplio.

¹¹ Opinión que compartimos con DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 66.

¹² VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, vol. I, 23ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 671 y 672.

En consecuencia, el administrador asume, bajo una forma organizada administrativamente, tareas de gestión y de representación de la sociedad. Dentro de las actividades de gestión de la empresa podemos distinguir dos tipos:

- administrativo o social; y
- gerencial o de dirección.

De este modo, las actividades de gestión (administrativa y de dirección) y representación de la sociedad confluyen en la persona del administrador, que como hemos comentado actúa bajo la forma de órgano de administración. Ahora bien, la sociedad puede organizar la administración, art. 210 de la LSC de 2010 (y de 2014) y arts. 124 y 185 del RRM, de diversas formas que pasamos a enunciar, aunque serán tratados con mayor detalle en el apartado 5.2.2 del presente capítulo:

- administrador único;
- administradores conjuntos;
- administradores solidarios; y
- consejo de administración.

Uno de los modos de organizar el órgano de administración de la sociedad es el consejo de administración¹³. Este modo de organización es de estructura colegiada, es decir que, aunque todos los miembros o consejeros tienen la condición de administradores, han de actuar conjuntamente a través del órgano del que forman parte. El consejo de administración posibilita delegar las facultades de gestión y de representación de la sociedad, entre los miembros consejeros, a favor de una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación¹⁴. La delegación de las facultades del consejo de

¹³ La LSC de 2014, modifica la regulación del consejo de administración en sus artículos 242 a 251, para la mejora del gobierno corporativo. Ahora bien, existen leyes especiales que imponen el consejo de administración como órgano de administración a ciertas sociedades anónimas reuniendo ciertos requisitos. Así, sociedades rectoras de la Bolsa de Valores (art. 48 de la LMV); sociedad anónima europea (art. 476 y ss de la LSC); sociedades anónimas cotizadas (arts. 528, 529 y 529 bis de la LSC de 2014); sociedades de servicios de inversión (art. 67 de la LMV); sociedades de seguros (art. 15 de la LSP); entre otras.

¹⁴ La delegación de facultades del consejo de administración están contenidas en el art. 249 de la LSC de 2014. Así, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, otorga más precisión a la delegación de facultades en forma de relación contractual (sociedad *versus* consejero delegado o ejecutivo). No obstante, incorpora un nuevo art. 249 bis recogiendo las

administración, también se puede realizar mediante apoderamientos a favor de cualquier persona, con carácter externo al consejo, desde directores generales o gerentes hasta simples apoderados.

Los otros modos de organizar la administración, diferentes al consejo de administración, no tienen la posibilidad de delegar las facultades de gestión y representación de la sociedad, pero sí de realizar apoderamientos voluntarios en lo que a la representación se refiere. La facultad de conferir apoderamientos corresponde a los administradores de la sociedad que tengan la titularidad del órgano de administración¹⁵.

Por lo tanto, la condición de administrador significa el ejercicio de tareas de dirección, administración, gestión y representación de la sociedad. Tales facultades se llevan a cabo con la finalidad de ejecutar la voluntad social. Los administradores quedan vinculados a la sociedad mediante una relación mercantil al integrar los órganos sociales. No se puede considerar que exista una doble relación (mercantil, como administrador, y laboral, como director o gerente), más bien una sola relación mercantil, pues las funciones de dirección quedan absorbidas por la condición de administrador, siendo esta disyuntiva una cuestión controvertida como veremos más adelante en el apartado 5.5, sobre la calificación jurídica de la relación administrador-sociedad.

En las sociedades con órgano de administración único, conjunto o solidario no se produce delegación de las competencias propias del administrador siendo bastante clara la relación mercantil. En su gran mayoría es tarea dificultosa separar las tareas de gestión y dirección de los administradores que son ejercidas por las mismas personas. Incluso, si se quiere determinar una remuneración para los administradores parece complicado separar una función de la otra. Caso diferente supone el modo de consejo de

facultades que son indelegables, entre otras, la supervisión, la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad, la formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.

¹⁵ Respecto a la representación voluntaria, a diferencia de la orgánica, posibilita la actuación de otra persona distinta del administrador de la sociedad con plenos efectos, sometido a principios de actuación diferentes de los de la representación orgánica: su utilización, de carácter potestativo, y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la representación y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y contenido al órgano de administración, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias. Al respecto, véase las resoluciones de la DGRN de 26 de febrero de 1991; de 12 de septiembre de 1994; de 30 de diciembre de 1996; de 24 de noviembre de 1998; y de 18 de julio de 2012; entre otras. Los apoderamientos voluntarios los trataremos más adelante, en el apartado 5.4. sobre la representación de la sociedad.

administración al permitir la delegación de facultades ejecutivas o gestión de dirección (empresarial)¹⁶.

Por consiguiente, las sociedades que se organizan mediante la forma de consejo de administración, al delegar sus facultades se produce un desplazamiento del poder a manos de un grupo delegado o ejecutivo reducido. Este problema es mayor en determinados tipos de sociedades anónimas, como son las cotizadas¹⁷, ya que la dispersión de los accionistas redundan en el único interés de observar la rentabilidad de su inversión y no en saber de la gestión y organización de la sociedad.

En este punto se ha pronunciado PAZ-ARES, aclarando que el concepto de administración “incluye todo el proceso gerencial: programación, dirección, ejecución y control. De ahí se derivaría que toda la actividad es actividad propia del administrador”¹⁸. Entonces la clave está en la descentralización de las facultades del órgano de administración. La distinción fundamental estriba entre consejero ordinario (o no ejecutivo) y consejero delegado (o ejecutivo). No tiene relevancia si el consejero ejecutivo se ha formalizado bien como consejero delegado (órgano interno a su vez del órgano de administración) bien a través de una delegación contractual con apoderamiento (consejero-director general, es decir, una persona externa). Lo que si es cierto es que los consejeros, ejecutivos y no ejecutivos, realizan la función de administración de la sociedad. Por lo tanto, la diferencia será la que separa entre la función deliberativa y la función ejecutiva del consejero ejecutivo. La función

¹⁶ La delegación de facultades del consejo de administración la contiene el art. 249 de la LSC de 2014, dónde en su apartado 1 establece “sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”. El nuevo contenido del citado precepto que nos trae la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, previene que la relación de la sociedad con el consejero delegado o ejecutivo se celebrará en un contrato, previamente aprobado por el consejo de administración.

¹⁷ A este respecto, la LSC de 2014 en sus arts. 528, 529 y 529 bis, sobre las sociedades anónimas cotizadas, establece las especialidades de la administración, el carácter obligatorio del reglamento del consejo de administración, su publicidad y el carácter necesario del consejo de administración. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, incorpora una serie de medidas encaminadas a un mejor funcionamiento del consejo de administración.

¹⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, Revista de Derecho del Mercado de Valores, núm. 2, enero 2008, Ed. La Ley, p. 21, (también accesible en ediciones Indret, www.indret.com). El autor valora las consecuencias que, derivadas de la distinción de funciones delegadas, *corporate governance*, sobre las retribuciones de los administradores se puedan dar no son exclusividad de las sociedades anónimas cotizadas. El término *corporate governance* o el buen gobierno de las sociedades es importante para las sociedades en general, no sólo las cotizadas, y constituye una respuesta indispensable para afrontar los nuevos riesgos económicos, jurídicos y éticos, en especial desde la década de los 90, así lo afirma VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., p. 670.

deliberativa entendida como función de supervisión (consejero que se encarga de la gestión social de la sociedad) y la función ejecutiva como función de gestión empresarial (consejero ejecutivo que se encarga de la gestión de dirección).

La descentralización de las funciones en los órganos de administración resulta trascendental para determinar las remuneraciones de los administradores. Así, según sea la función que se realice de gestión social o de dirección supondrá dos tipos de remuneraciones.

Añade, PAZ-ARES, que en el término administrador no hay una única función, sino funciones distintas, “lo que existen son diferentes cometidos inherentes al cargo de administrador en cada una de las distintas estructuras del órgano de administración”¹⁹. La LSC de 2014 reconoce diversas formas de organizar la administración, a saber, administrador único, administradores solidarios, administradores conjuntos y consejo de administración. Desde un punto de vista jurídico, se consideran administradores las personas titulares del cargo en cualquiera de las citadas modalidades. Ahora bien, en palabras del mismo autor, “la unidad de denominación no significa unidad de función”. Concluyendo que “En los tres primeros casos estamos típicamente ante administradores ejecutivos y, en el último, ante administradores no ejecutivos, lo cual se comprende básicamente por la diferencia de las organizaciones (simples y complejas) en las que se seleccionan una u otra modalidad de órganos de administración.”²⁰.

A nuestro entender, la LSC de 2014 ha perdido la oportunidad de ahondar en la distinción entre gestión de la sociedad y gestión de empresa que hubiera ayudado a clarificar mejor las facultades del administrador. La primera como función indelegable de supervisión y control o buen gobierno de la sociedad (gestión social) y la segunda como función delegable de dirección en el desarrollo y la ejecución (gestión empresarial). Sin embargo, conviene decir que se ha avanzado por buen camino ya que por primera vez en el ordenamiento mercantil (LSC de 2014) se diferencia entre las funciones del administrador en su condición como tal y las funciones propias de un

¹⁹ PAZ-ARES, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit., p. 23.

²⁰ PAZ-ARES, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit., p. 23.

administrador ejecutivo, si bien sólo se prevé expresamente (incluso la delegación de facultades) para el caso de consejo de administración²¹.

Desde el punto de vista fiscal, las remuneraciones establecidas por las funciones del administrador en su condición de tal (gestión social) o por las funciones de dirección (gestión empresarial) inciden directamente en el IS como gasto deducible (o no) para la sociedad y en el IRPF como rendimiento del trabajo para el administrador. Como veremos en los capítulos 7 y 8 del presente trabajo, respectivamente.

5.1.3.- Capacidad y prohibiciones.

Para ser administrador societario se requiere de la necesaria capacidad de obrar, dado que mediante sus actos y decisiones expresará la voluntad de la sociedad. El órgano de administración, estructurado en una de las formas comentadas (administrador único, administradores solidarios, administradores conjuntos y consejo de administración), por sí sólo no puede ejercitar las funciones atribuidas. Para ello necesita, como ya se ha observado, de determinadas personas que deberán ser nombradas a tal efecto. De tal forma que pueden ser administrador social²² tanto personas físicas como jurídicas y no se requerirá la condición de socio, salvo que los estatutos establezcan lo contrario.

Comenta SÁNCHEZ CALERO que en las sociedades de capital se parte del principio de “organicismo de terceros”²³, es decir, ante el silencio de los estatutos, cualquier persona con capacidad de obrar²⁴ puede ser nombrado administrador, no teniendo relevancia que

²¹ Podemos citar al respecto de la distinción de funciones del administrador y su ámbito de actuación, el nuevo redactado que la LSC de 2014 contiene en los arts. 217 (remuneración de los administradores), 225 (deber general de diligencia), 226 (protección de la discrecionalidad empresarial), 236.4 (presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad), 249 (delegación de facultades del consejo de administración y 249 bis (facultades indelegables del consejo de administración).

²² El art. 212 de la LSC de 2010 (y de 2014) establece los requisitos subjetivos, “los administradores de las sociedades de capital podrán ser personas físicas o jurídicas”, no siendo necesario ser socio, excepto previsión estatutaria y, en concreto, sobre administrador persona jurídica acudimos al art. 212 bis de la LSC de 2010 (y de 2014) y que trataremos en el apartado 5.1.6. del presente trabajo.

²³ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 68

²⁴ En las personas físicas la capacidad jurídica la comporta la existencia de la propia persona (arts. 29 y 30 del CC) y la capacidad de obrar se obtiene plenamente con la mayoría de edad y la emancipación (arts. 314 y ss del CC). La CE en su art. 12 establece la mayoría de edad a los dieciocho años de las personas

sea socio o no. Si bien, la LSC de 2014 contiene alguna excepción al principio de la irrelevancia de la condición de socio para ser administrador, como es el caso de la SLNE que, previene en su art. 448.1, la exigencia que el administrador sea socio. De la misma manera, la sociedad comanditaria por acciones dónde la administración ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos (art. 252 de la LSC de 2014).

Los requisitos de capacidad para ser administrador coinciden con los establecidos en el CCom para el ejercicio del comercio²⁵, es decir, la capacidad de obrar y el poder ejercer el cargo libremente (no tener incompatibilidad ni prohibición alguna para ello). Como bien observa SÁNCHEZ CALERO, el administrador, como titular del órgano de administración, no ejerce el comercio en nombre propio sino en nombre de la sociedad²⁶. En consecuencia, el administrador no puede haber sido declarado incapacitado judicialmente²⁷.

Además, las personas determinadas para los cargos de administrador tampoco pueden estar incursas en supuestos de inhabilitación ni de incompatibilidad²⁸ para el ejercicio del cargo nombrado.

De esta forma, y siguiendo a SÁNCHEZ CALERO²⁹, las prohibiciones para ocupar el cargo de administrador de una sociedad las diferenciamos en tres grupos. El primero, referido a las limitaciones de la capacidad de obrar, mientras que el segundo y el tercer grupo, afecta a personas capaces, pero que por diversas causas prohíben ser administradores de una sociedad. Así, tenemos:

físicas. En las personas jurídicas, la adquisición de la personalidad jurídica, que se adquiere con la constitución de la sociedad, conlleva la capacidad de obrar (arts. 35 y 38.1 del CC).

²⁵ Así, el art. 4 CCom. determina que “Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes.” También, en su art. 13.3 el CCom. establece que no podrán ejercer el comercio ni tener cargo administrativo en compañías industriales o mercantiles las personas que, por leyes o disposiciones especiales, no puedan comerciar.

²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 72

²⁷ La declaración de incapacidad exige sentencia judicial; el art 199 del CC nos señala que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.” Y en el art. 200 del CC aclara que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”

²⁸ La LSC de 2010 (y de 2014), en su art. 213 sobre prohibiciones, señala los supuestos en los que no pueden ser administradores sociales: los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas y las afectadas por incompatibilidades. Si la persona física designada para ejercer las funciones de la persona jurídica administrador de una sociedad está afectada por alguna de las prohibiciones del precepto citado, deberá sustituirse a la persona física sin más.

²⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 70 y 71.

1. las que afectan a la capacidad de obrar (los menores edad no emancipados y los incapacitados judicialmente)³⁰;
2. las inhabilitaciones (los concursados y los condenados a ciertas penas); y
3. las incompatibilidades (las personas afectadas que por razón de su cargo no pueden comerciar, los funcionarios al servicio de la Administración pública con actividades relacionadas, los jueces o magistrados y las personas que ejerciendo otras actividades sus cargos pudieran incidir en los intereses particulares de los socios).

Conviene aclarar que las prohibiciones para ocupar el cargo de administrador hacen referencia tanto a las personas que puedan ser nombradas administradores como a las ya designadas legalmente que incurran en algún supuesto de prohibición mencionado, circunstancia que dará lugar al cese del cargo de administrador³¹.

Según VICENT CHULIÁ la persona que ejerce de administrador de una sociedad debería obtener tal condición en función de una serie de “créditos” de la propia persona, dado el valor de los intereses ajenos que administra y el poder de decisión que ostenta. Así, menciona el crédito legal (capacidad de obrar, no incurso en prohibiciones ni incompatibilidades), crédito moral (no haber incurrido en determinados delitos o infracciones legales), crédito profesional (formación y experiencia en gestión de empresas y, en especial, del concreto sector de la sociedad) y crédito solvencia (prestación de garantías, ser accionista, por poner algún ejemplo)³².

³⁰ La exigencia de la mayoría de edad responde a la necesidad de que al frente de la administración de una sociedad, cuya envergadura económica puede ser muy grande, estén personas que tengan plena capacidad para asumir la consiguiente responsabilidad frente a la sociedad, los accionistas, los acreedores y el fisco (DGRN resolución de 24 de febrero de 1986).

³¹ Además de las prohibiciones legalmente establecidas con carácter general, existen otras incompatibilidades en la normativa societaria que afectan a los intereses particulares de los socios, e imposibilitan que determinadas personas puedan ser nombradas administradores, y que, para el caso de haber asumido el cargo, deban cesar en el mismo. Como por ejemplo, las personas que se dediquen a actividades similares, por cuenta ajena o propia, y que puedan incurrir en competencia efectiva con la sociedad (art. 230.3 de la LSC de 2014) y los auditores responsables del trabajo de auditoría de la sociedad (art. 23 de la Ley de 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

Asimismo, los estatutos sociales pueden establecer determinadas condiciones adicionales para el nombramiento de los administradores, obligando a la posesión de un título académico, la experiencia necesaria en el sector de actividad de la sociedad, la condición de socio o la prestación de garantías, entre otras; si bien es aconsejable que tales condiciones exigidas tengan un carácter objetivo.

³² VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., pp. 748 y 749. Compartimos el razonamiento del autor sobre los créditos necesarios para tener la condición de administrador de una sociedad.

En definitiva, proponemos la necesaria implantación de un mayor rigor profesional en el ordenamiento mercantil para las personas a ejercer el cargo de administrador de una sociedad. Tan importante es alcanzar los objetivos sociales como la capacidad del administrador nombrado para el desempeño del cargo.

5.1.4.- Nombramiento y aceptación.

El nombramiento de las personas que van a ostentar el cargo de administradores corresponde a la junta de socios, como principio general del art. 210 de la LSC de 2010 (y de 2014). No obstante, se dan otros supuestos de designación de igual validez que seguidamente destacamos:

- a) En el momento de la constitución de la sociedad son designadas las personas que inicialmente se encargarán de la administración por los socios fundadores (fundación simultánea). Si se trata de sociedades anónimas, también, pueden constituirse de manera sucesiva, entonces, será la junta constituyente la que nombrará a los administradores (fundación sucesiva).³³
- b) En la sociedad anónima bajo el modo de organización de la administración como consejo de administración, los accionistas designarán a los administradores si se cumplen los requisitos del sistema de representación proporcional.³⁴
- c) En la sociedad anónima, los administradores podrán ser nombrados por el consejo de administración, entre los accionistas, para cubrir las vacantes de administradores que se produzcan (cooptación), sin que existieran administradores suplentes.³⁵

³³ Sobre la constitución de las sociedades y el contenido de la escritura de constitución estaremos a lo regulado en los arts. 19 y 22 de la LSC de 2010 (y de 2014). También, en la LSC de 2010 (y de 2014) en el apartado sobre la constitución sucesiva de la sociedad anónima, en su art. 47, sobre la convocatoria de la junta constituyente, nos detalla los puntos a tratar, entre ellos el nombramiento de los administradores.

³⁴ El sistema de representación proporcional por agrupación determinada de accionistas viene regulado en el art. 243 de la LSC de 2010 (y de 2014).

³⁵ La designación por el consejo, denominada cooptación, viene establecida en el art. 244 de la LSC de 2010 (y de 2014). Su duración como administradores es hasta que se reúna la primera junta general. Por su parte, el art. 216 de la LSC de 2010 (y de 2014) dispone el régimen para administradores suplentes.

- d) Designación judicial de los administradores para los casos de sociedades concursadas³⁶ y en los supuestos de embargo de empresas.³⁷
- e) Nombramientos realizados por el Estado u organismos públicos para determinadas situaciones excepcionales (entidades bancarias o aseguradoras; empresas públicas)³⁸.
- f) La SAE domiciliada en España podrá optar, reflejándolo en sus estatutos, por un sistema de administración monista o dual.³⁹

El nombramiento de los administradores, en cualquiera de los supuestos comentados, tendrá eficacia siempre que la persona designada para ocupar tal cargo acepte su nombramiento⁴⁰.

Al respecto del nombramiento del administrador, SÁNCHEZ CALERO, lo denomina como “un acto corporativo por el que se designa una persona cualificada, con su consentimiento, que se manifiesta con su aceptación, como miembro del órgano de administración dando lugar a una relación orgánica que no debe confundirse con la de carácter interno que mediante un contrato se suscriba con cada uno de los miembros del órgano de administración o con alguno de ellos.”⁴¹. En el apartado 5.5 de este capítulo trataremos la relación jurídica del administrador con la sociedad.

En definitiva, la persona designada al aceptar el cargo de administrador adquiere tal condición y actúa como titular del órgano de administración. No obstante, el administrador iniciará el ejercicio de sus funciones el día de su nombramiento, *dies a quo*, y no desde el de su aceptación⁴². En consecuencia, una vez aceptado el cargo, se ha

³⁶ Declarado el concurso, el juez ordenará todo lo concerniente a la administración concursal, consúltese Capítulo I del Título II de la LC, sobre nombramiento de la administración concursal.

³⁷ Sobre la administración judicial en el embargo de empresas, véase los arts. 630 y 631 de la LEC.

³⁸ Nos referimos a resoluciones administrativas para el caso de nombramientos realizados por el Estado u organismos públicos ante situaciones excepcionales, donde se faculta para la designación de los administradores (por ejemplo, una entidad bancaria intervenida); como también para el caso de empresas públicas, facultando a determinados organismos públicos para el nombramiento de sus administradores.

³⁹ Los sistemas de administración de los órganos sociales de una SAE vienen regulados en los arts. 476 y ss de la LSC de 2010 (y de 2014).

⁴⁰ Así lo disponen los arts. 214.3 y 215 de la LSC de 2010 (y de 2014) y 141 y 192 del RRM que establecen que el nombramiento se inscribirá a medida que se vaya aceptando por el designado. Y dentro de los diez días siguientes a la aceptación se presentará a la inscripción en el RM. En todo caso, la fecha de la aceptación no podrá ser anterior a la del nombramiento.

⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 90.

⁴² Este hecho se deduce de lo estipulado en los arts. 138 y 192 del RRM, que señalan que en la inscripción del nombramiento de los administradores se hará constar la fecha del nombramiento.

de efectuar su inscripción en el Registro Mercantil, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación, con plena identificación de la identidad de la persona nombrada, produciendo plenos efectos, sobre todo frente a terceros⁴³.

En cuanto a la duración del cargo de administrador diferenciamos ya sea SL ya sea SA; así, los administradores de las SL ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo disposición contraria en los estatutos sociales, y para el caso de constar tiempo determinado podrán ser renombrados cuantas veces así se considere por períodos de igual duración. Por el contrario, en las SA se desempeñará el cargo de administrador por el plazo establecido en los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años. Los administradores podrán ser reelegidos por períodos de igual duración máxima, una o varias veces⁴⁴.

5.1.5.- Administrador de hecho y de derecho. Supuestos.

La sociedad necesita de personas que se encarguen de la organización, dirección y gestión, en definitiva, administrarla para conseguir los objetivos sociales por los que se creó. El administrador es la persona que ocupa dicho cargo para el que ha sido nombrado públicamente y, evidentemente, aceptado por aquella. Es decir, hablamos de un administrador de derecho.

En este contexto, consideramos como administrador de derecho la persona designada por la junta de socios para el cargo de administrador, capacitada y no limitada para el ejercicio de tal condición, que acepta y se inscribe su identidad en el RM para una total eficacia, constando su cargo en los estatutos sociales.. El concepto de administrador de derecho, pues, es el que se aplica a los cargos vigentes⁴⁵ que cumplen

⁴³ La obligatoriedad de la inscripción del nombramiento del administrador lo determinan los arts. 215.1 de la LSC de 2010 (y de 2014) y 4 y 94.1.4º del RRM. Si bien la inscripción no tiene carácter constitutivo, es necesaria para que el nombramiento de los administradores produzca todos sus efectos (arts. 9 y ss del RRM). El plazo para su inscripción en el RM es de diez días desde la fecha de la aceptación (art. 215.2 de la LSC de 2010 y de 2014).

⁴⁴ La duración del cargo de los administradores de la sociedad viene regulado en el art. 221 de la LSC de 2010 (y de 2014). Por su parte, la caducidad del nombramiento y el cese de los administradores se establecen en los arts. 222 y 223 y 224 de la LSC de 2010 (y de 2014), respectivamente.

⁴⁵ Se entiende como cargo de administrador vigente a la condición de administrador dentro del plazo de duración, según lo establecido en el art. 221 de la LSC de 2010 (y de 2014). Por el contrario, el cargo de

los requisitos formales (nombramiento e inscripción) y materiales (aptitud, prohibiciones e incompatibilidades) exigidos para tener esa condición de administrador, que ya hemos comentado con anterioridad.

El concepto de administrador ha ido ampliándose históricamente a otras personas que, si bien no eran las válidamente designadas, el TS ha interpretado su consideración como gestores sociales con la finalidad de extender sus responsabilidades, en este punto aparece la figura del administrador de hecho como contraposición a la del administrador de derecho o formal.

La evolución del concepto de administrador hacia la inclusión del administrador de hecho ha tenido varias interpretaciones hasta alcanzar un punto de encuentro con la finalidad de, a través de esta figura, evitar cualquier elusión de responsabilidades propias de los administradores sociales. Si acudimos a la evolución de la jurisprudencia, encontramos como ya en el año 1968 la DGRN y posteriormente el TS consideraron que el administrador de hecho se vinculaba a evitar la paralización de la sociedad, para ello admitieron la validez de una convocatoria de junta realizada por administradores con el cargo caducado⁴⁶. Es decir, se asociaba el cargo de administrador de hecho con el administrador cesado o con el cargo ya vencido. Las reformas legislativas del año 2003⁴⁷ no han definido el concepto de administrador de hecho, sino más bien han

administrador caducará vencido el plazo, en las condiciones que establece el art. 222 de la LSC de 2010 (y de 2014).

⁴⁶ Tal argumento queda reflejado en diversas resoluciones de la DGRN, entre otras, de 24 de junio de 1968 (considerada el origen de la figura del administrador de hecho); de 24 de mayo de 1974; y de 12 de mayo de 1978. Del mismo modo, se pronunció el alto tribunal, entre otras, la STS de 9 de diciembre de 1999 (FJ 3º), donde se acepta la validez de la convocatoria de junta de socios por su administradora *de facto*, por haber caducado este cargo social; y, de 4 de diciembre de 2002 (FJ 4º), argumentando que no sirve como motivo de nulidad “la caducidad de los cargos por haber transcurrido más de cinco años (Ley SA de 1951) habida cuenta que la figura del llamado administrador de hecho que ha cobrado la carta de naturaleza en virtud de una doctrina jurisprudencial proclamada por la Sala primera del Tribunal Supremo.”

⁴⁷ La evolución del concepto de administrador de hecho tuvo su reflejo en la llamada “Ley de transparencia” de 2003, la Ley 26/2003, de 17 de julio, que modifica el texto de la LSA de 1989, el art. 133, introduce un segundo párrafo asimilando la responsabilidad de los administradores de derecho, pero sin tener una definición clara del concepto de administrador de hecho. La posterior reforma de la LSA con la LSC no ha hecho más que refundir en un solo precepto, art. 236 de la LSC de 2010, equiparando los conceptos en materia de responsabilidades. Sin embargo, la modificación de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo mantiene la extensión de la responsabilidad e incorpora lo que se considera un administrador de hecho a todos los efectos. En este sentido, en el apartado 3 del renovado art. 236 de la LSC de 2014, textualmente, considera administrador de hecho “tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores

intentado equipararlo con el de administrador de derecho. Desde entonces se incide en el aspecto funcional, si participa activamente en la gestión social sin haber estado nombrado para ello, para determinar la figura del administrador de hecho. De esta manera, la extensión del concepto de administrador exigirá las correspondientes responsabilidades por la gestión social. La modificación de la LSC del año 2014 mantiene la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho. A tal efecto, la nueva norma explica qué se entiende por administrador de hecho, circunstancia totalmente novedosa hasta la fecha⁴⁸.

Ergo, puede darse el caso de que haya personas que actúen como un administrador sin darse las condiciones y requisitos para ostentar tal cargo. Así, nos encontramos con el concepto de administrador de hecho como la persona que ejerce las funciones propias de administrador sin tener el cargo formalmente vigente ni válido para ello. O como menciona, FUENTES NAHARRO, toda aquella persona que administra la sociedad sin estar formalmente legitimada para ello⁴⁹.

De esta manera, cabría considerar que estaremos ante un administrador de hecho cuando, como indica GARCÍA-CRUCES, “con independencia de que su actuación administrativa se manifieste o no en el tráfico a terceros, se produzca un desplazamiento de la capacidad de decisión de quienes aparecen formalmente como administradores a favor de otros sujetos que no satisfacen las exigencias materiales y formales que se requieren en la designación como administrador social”⁵⁰.

de la sociedad”. El legislador recogiendo la doctrina y la jurisprudencia al respecto da a entender lo que se considera un administrador de hecho.

Con respecto a la caducidad del cargo quedó modificado el art. 126 de la LSA de 1989 y finalmente refundido en la LSC (art. 222), prorrogándose el cargo hasta la próxima junta general o hasta transcurrido el plazo para celebrarla y, así, determinar la figura del administrador de hecho. También, se reformó el RRM de 1989 y en 1996, en la misma línea, refiriéndose a la prórroga de la caducidad del nombramiento de administrador (art. 145 del RRM).

⁴⁸ La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, incluye los presupuestos de responsabilidad del anterior art. 236. La reforma normativa mejora y aclara el régimen de responsabilidad de los administradores. Además, el legislador incorpora por vez primera lo que se considera como administrador de hecho.

⁴⁹ FUENTES NAHARRO, M.: “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis empresariales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 289 y ss.

⁵⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas Thomson, Madrid, 2010, p. 534.

Ahora bien, como acertadamente, suscribe GARCÍA-CRUCES, “en el estado actual de nuestro Derecho privado no puede desconocerse la regla de plena equiparación del administrador de hecho con aquel que lo es de derecho”⁵¹. Así, sucede en nuestro ordenamiento jurídico cuando, en diferentes ámbitos, se ha hecho alusión a los administradores de hecho y de derecho en una extensión a la consideración de administrador⁵². En definitiva, continua el citado autor, afirma que “viene a aceptarse el criterio de que quien actúa como administrador, con independencia de reunir o no las exigencias formales dispuestas para tal cargo, ha de sujetarse a los deberes y diligencia que se imponen a estos sujetos”⁵³.

En esta línea, GIRGADO PERANDONES afirma que el administrador de hecho deviene como consecuencia de la difusión del poder de empresa en la actualidad. Una difusión del poder funcional que determina quién ostenta la dirección social (el control real de la sociedad). Así, determina que, “tal planteamiento tiene su fundamento en un concepto material y no formal del órgano administrativo, que valora la condición de administración cuando se actúe efectivamente o de manera decisiva o, en otras palabras, cuando se participe en la formación de la voluntad colectiva.”⁵⁴.

De igual forma, la jurisprudencia ha señalado que los administradores de hecho son aquellos que sin la formalidad y requisitos del nombramiento “ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades”⁵⁵. Como menciona la

⁵¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: “Administradores sociales y administradores....”, ob. cit., p. 529.

⁵² En este sentido, tenemos la extensión de la figura de administrador en materia penal, véase los arts. 31, 31 bis, 290, 293 y 294 del CP. En materia mercantil, el art. 95 de la LMV; los arts 48 ter., 93.2.2º, 164.1, 172.2.1º y 172.bis de la LC; y, el art. 236.3 de la LSC modificado en el año 2014 (Ley 31/2014, de 3 de diciembre). Incluso, en el ámbito tributario, podemos destacar el trato equiparable dado a tal consideración, en el art. 43 de la LGT.

⁵³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: “Administradores sociales y administradores....”, ob. cit., p. 532.

⁵⁴ GIRGADO PERANDONES, P.: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 179.

⁵⁵ Véanse las SSTs de 24 de noviembre de 2005 (FJ 4º), comenta que “en el ámbito societario puede aparecer la figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social”; de 8 de febrero de 2008 (FJ 5º), añadiendo que la característica del administrador de hecho es “la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición.”; de 14 de marzo de 2008 (FJ 1º), reconociendo la figura del administrador de hecho pero sin entrar en el fondo de la equiparación. También, entre otras muchas, la SAP de Valencia de 27 de septiembre de 1999 (FJ 2º), elocuente sentencia de lo que administrador de hecho significa en la actualidad; la SAP de Palencia de 18 de noviembre de 1999 (FJ 2º); la SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 24 de enero de 2005 (FJ 3º), respecto a la figura de administrador de hecho se “requiere la concurrencia de notas tales como la habitualidad, la permanencia y la continuidad en el ejercicio de dicha función. Por ello, es precisa una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social.”; la SAP de Málaga de 8 de

SAP de Córdoba de 12 de enero de 2007 (FJ 4º), “será administrador o liquidador de hecho quién no esté nombrado formalmente para el desempeño de tales funciones, pero “*de facto*” las ejerza. Será del comportamiento del sujeto en relación con la sociedad de donde pueda extraerse o inducirse su cualidad de administrador de hecho”. En la misma línea, la SAP de Tarragona de 7 de febrero de 2008, pero va un poco más allá destacando otros rasgos de las características de un administrador de hecho. Ya no se refiere a la real y efectiva administración en la persona designada para ella ni que el nombramiento del administrador no se ajuste a las exigencias legales, supuestos que llevan a la distinción entre los administradores de derecho y los de hecho. En estos casos, menciona la citada sentencia, los actos de gestión y dirección (realizados por las personas que lleven la gestión efectiva de la sociedad) “deben tener entidad suficiente cuantitativa y cualitativamente, es decir, han de tener continuidad y duración y han de suponer una plena autonomía en la gestión y dirección de la sociedad, actividad que ha de ser conocida y aceptada por ésta.” (FJ 3º). Y, para la SAP de Madrid de 4 de marzo de 2011 (FJ 5º), el administrador de hecho ha ejercido en realidad como administrador tomando “un poder de dirección y gestión similar al que ordinariamente incumbe a un administrador, de manera constante e independiente, sin subordinación real al administrador”.

En consecuencia, el administrador de hecho realiza las funciones de gestión que competen a un administrador de derecho, aunque con alguna irregularidad en su nombramiento. El desarrollo de esas funciones de gestión y dirección de la sociedad con carácter asiduo (continuidad) y permanente (duración) determinan el calificativo como administrador de hecho. En este sentido, apunta DÍAZ ECHEGARAY que en el comportamiento del sujeto habrá que buscar “los elementos constitutivos de la relación de administración, para poder concluir la existencia de una relación de hecho de este tipo, lo que habrá de dar lugar a la extensión de la aplicación de determinadas normas establecidas para los administradores.”⁵⁶

Para GIRGADO PERANDONES, el concepto de administrador de hecho requiere el carácter sistemático y el desempeño efectivo del papel de administrador. Por ello, la

marzo de 2005 (FJ 3º); la SAP de Tarragona de 7 de febrero de 2008 (FJ 3º); la SAP de Zaragoza, secc. 5ª, de 19 de marzo de 2008 (FJ 3º); la SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 5 de mayo de 2008 (FJ 3º).

⁵⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho de las sociedades*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 136.

necesidad de la temporalidad en el ejercicio de las funciones de gestión social, quedando excluidas las actuaciones puntuales, y la eficacia de las actuaciones respecto de los administradores legales (de derecho o formales)⁵⁷.

Veamos las particularidades que se destacan en la figura de un administrador de hecho. Tales notas características, y siguiendo a DÍAZ ECHEGARAY, son las siguientes:

- la no condición de administrador de derecho;
- la realización de una actividad positiva; de dirección, administración o gestión; y
- ejercida con total independencia; y de manera constante⁵⁸.

Y, podemos añadir, que el administrador de hecho actúa con el beneplácito o consentimiento de la propia sociedad.

La doctrina ha sido muy generosa al enumerar supuestos que pueden agruparse bajo la denominación de administrador de hecho⁵⁹. Así tenemos:

- los administradores que controlan la gestión social sin ocupar formalmente el cargo, ejerciendo influencia sobre los administradores formales (administradores ocultos);
- los administradores que controlan la gestión social sin ocupar formalmente el cargo, apareciendo frente a terceros como administradores (administradores aparentes);
- los administradores con cargo caducado⁶⁰; y,

⁵⁷ GIRGADO PERANDONES, P.: *La responsabilidad de la sociedad matriz*....., ob. cit. p. 184.

⁵⁸ DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho de las sociedades*, ob. cit, pp. 33 y 34 y 117 y ss.

⁵⁹ Entre otros autores, destacamos a DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho de las sociedades*, ob. cit, pp. 33 y 34 y 117 y ss; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de las Personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 50 y 51; FUENTES NAHARRO, M.: “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de...”, ob. cit., pp. 289 y ss; LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 66 a 77; PERDICES HUETOS, A.: “Significado actual de los “administradores de hecho”; los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001)”, revista de Derecho de Sociedades, núm. 18, Ed Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 277 a 287.

⁶⁰ El principio de temporalidad en el cargo no puede oponerse al principio de estabilidad y permanencia del órgano de administración, que debe garantizar la continuidad y eficacia de la gestión social. Así, se estará a lo dispuesto en el art. 145 del RRM, sobre la caducidad del nombramiento, de modo que el cómputo del tiempo de duración del cargo de administrador deberá efectuarse de junta a junta. De

- los administradores que ocupan formalmente el cargo pero que tal nombramiento está viciado de nulidad.

Más aún, el concepto de administrador de hecho se amplía a otros cargos como el de apoderado, director general o incluso a los administradores de una sociedad dominante (respecto de la sociedad dominada), ya sea bajo una administración aparente ya sea mediante una administración oculta⁶¹. La cuestión más controvertida para determinar la figura del administrador de hecho es el modo de actuar del administrador. Esto es, a los directores generales o apoderados (tanto en forma de administradores aparentes como de ocultos) se les pueden imputar la correspondiente responsabilidad administrativa por el ejercicio de la gestión efectiva de la sociedad.

En esta línea, SÁNCHEZ CALERO considera que los directores generales o asimilados, aun cuando ejercitan funciones administrativas, por regla general, el desarrollo de su función no es idéntica a la de los administradores. Éstos tienen una vinculación orgánica con la sociedad sin una posición de dependencia respecto a la misma, ya que son titulares de hecho o de derecho del órgano de administración, mientras que por el contrario los directores generales, apoderados, gerentes, entre otros, tienen esa posición de dependencia, que hace que su vínculo (calificado de alta dirección) sea una relación laboral, cuya posición jurídica es pública por estar inscritos en el Registro Mercantil. Siendo éste un planteamiento correcto, también resulta posible que en determinados supuestos el director o apoderado general sea calificado como administrador de hecho⁶².

Por lo tanto, en el caso de directores generales o apoderados sometidos a las instrucciones de los órganos de administración de la sociedad, no participando en el desarrollo y ejecución de la voluntad social, no impide que se conviertan en

idéntica manera se expresa el art. 222 de la LSC de 2010 (y de 2014), por el que el cargo de administrador “caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior”.

⁶¹ El TS ha calificado al socio único como administrador de hecho en la STS de 24 de septiembre de 2001 (FJ 1º). En SAP de Madrid de 6 de marzo de 2008 (FFJJ 3º y 4º) se rechaza la condición de administrador de hecho del socio único o de sus representantes si no hay prueba de la gestión efectiva. No obstante, tal calificación de administrador debe atenderse a los requisitos de la LSC de 2010, art. 15 (anterior 127 de la LSRL) sobre el régimen jurídico de la sociedad unipersonal y a la gestión efectiva de la sociedad de forma relevante e independiente del administrador nombrado.

⁶² SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 313. También GIRGADO PERANDONES, P.: *La responsabilidad de la sociedad matriz...*, ob. cit., p. 186.

administradores de hecho cuando ejercen la dirección y la gestión de forma efectiva con continuidad y duración (características del administrador de hecho).

Comenta GARCÍA-CRUCES que no es suficiente, para ser administrador de hecho, con acreditar el desarrollo efectivo de las tareas administrativas de la sociedad sino que, además, resulta preciso justificar que el poder de decisión en el desempeño de las citadas tareas, por parte del apoderado general, es independiente⁶³. Es decir, el apoderado o director general tienen una verdadera autonomía en la capacidad de decisión.

A nuestro entender, el concepto de administrador de hecho debe ampliarse hacia todos esos supuestos de cargos directivos que *de facto* gestionan empresarialmente la sociedad, es decir, tienen funciones ejecutivas. Y es aquí dónde el administrador de hecho, en toda la amplitud del término, se obliga a los mismos deberes y responsabilidades que un administrador formal o de derecho.

Finalmente, coincidimos plenamente con la modificación de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo dotando a las sociedades de una gestión más eficaz, mejor control interno, transparencia y, por lo tanto, confianza. De este modo, en materia de responsabilidades, mejora el régimen de su aplicación y su extensión subjetiva. A los efectos oportunos, nos determina lo que se debe entender como un administrador de hecho, acudiendo a la doctrina y la jurisprudencia hasta entonces, como nunca antes la normativa mercantil había recogido. Además, no sólo se mantiene la extensión de la responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho, sino que se aplica el régimen de responsabilidad a quien tenga atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad⁶⁴.

⁶³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: "Administradores sociales y administradores....", ob. cit., p. 552.

⁶⁴ El reformado art. 236 de la LSC de 2014 (según su nueva redacción para la mejora del gobierno corporativo) sobre presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores, define el administrador de hecho como la persona que en la realidad empresarial desempeña sin título, con uno nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias del administrador, o incluso, para el caso, cuando se den las situaciones bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

Destacamos en este apartado que no es objeto de este trabajo el estudio y las cuestiones relativas al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital.

5.1.6.- Administrador persona jurídica.

También es posible que para el cargo de administrador societario se designe a una persona jurídica. El reconocimiento de las personas jurídicas como administradores de las sociedades depende de la capacidad de obrar de aquellas. Con carácter general, el art. 35 del CC señala que son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y también las asociaciones de interés particular (sean civiles, mercantiles o industriales) a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados⁶⁵. Por su parte, el art. 38.1 del CC les reconoce la capacidad de obrar “conforme a las leyes y reglas de su constitución”, matizando así, la capacidad jurídica de las personas jurídicas. Por lo tanto, cualquier persona jurídica podrá ser designada como administrador de una sociedad, salvo que las leyes o sus normas de constitución lo impidan.

Esta circunstancia está regulada en la LSC dentro de los requisitos subjetivos determinando que la condición de administrador de una sociedad de capital pueda ser ostentada por personas físicas o jurídicas⁶⁶. Ahora bien, la admisión de persona jurídica como administrador de una sociedad necesitará la designación e identificación de una permanente persona física, y mientras tanto no procederá la inscripción del nombramiento como administrador de la persona jurídica⁶⁷.

⁶⁵ También el art. 35 del CC señala que la personalidad jurídica comienza desde que, con arreglo a derecho, se produce su válida constitución. Por su parte, el art. 116 del CCom. establece que la sociedad mercantil una vez constituida tiene personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. La LSC de 2014, en su art. 33, determina que la sociedad adquiere la personalidad jurídica con la inscripción en el RM.

⁶⁶ La LSC de 2010 (y de 2014) en su art. 212.1 reconoce expresamente que “los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas”. Más aún, el art. 22.1.e de la LSC de 2010 (y de 2014) establece que el contenido de la escritura de constitución incluirá “la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad”. Así, respecto a la distinción entre administrador persona física y persona jurídica, el art. 231 de la LSC de 2010 (y de 2014), lo diferencia en la consideración de personas vinculadas a los mismos y a los efectos de los deberes establecidos legalmente. Por su parte, el art. 232 de la LSC de 2010, sobre deber de secreto, en su punto 3 estipulaba que “Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquella.”. La posterior modificación de la LSC de 2014 ha eliminado el citado precepto, aunque engloba dicha circunstancia en el nuevo art. 228 sobre obligaciones básicas del administrador (en general, persona física o jurídica) derivadas del deber de lealtad.

⁶⁷ La LSC de 2014 señala, en el art. 212 bis, punto 1, que “En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo”. Este art. se introdujo mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC de 2010. Asimismo, el art. 143.1 del RRM dispone a este respecto que “En caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquella haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo”.

Así pues, la identificación de la persona física que actúa en representación de la entidad jurídica para el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador es de obligado cumplimiento, lo que viene a corroborar que el administrador lo es la persona jurídica. Por lo que se deberá cumplir con lo establecido en los arts. 214, sobre nombramiento y aceptación, y 215, sobre inscripción del nombramiento en el RM de la LSC de 2010 (y de 2014).

Si acudimos a la DGRN se pronuncia de manera que la designación de la persona física para ocupar las funciones propias del cargo de administrador, en su nombre y con carácter permanente, corresponde al órgano de administración de la persona jurídica designada⁶⁸. La persona física así designada ha de ser una única, pudiendo o no pertenecer al órgano de administración de la persona jurídica administrador.

La persona física nombrada como representante de la persona jurídica administrador para ejercer las funciones propias del cargo de administrador ha de cumplir con lo previsto en el art. 213 de la LSC de 2010 (y de 2014), sobre las prohibiciones para desempeñar el cargo como administrador. Es decir, la persona física representante ha de tener plena capacidad de obrar, no puede estar inhabilitada ni tampoco incurrir en ninguna causa de incompatibilidad prevista en el citado precepto para el ejercicio del cargo de administrador.

No obstante, si la persona física representante de la persona jurídica administrador estuviera sometida a alguna de las prohibiciones establecidas para los administradores (incapacidad, incompatibilidad o inhabilitación) derivadas del art. 213 de la LSC de 2010 (y de 2014), ello no implicaría la destitución de la persona jurídica administrador, sino que ésta deberá sustituir a su representante⁶⁹.

⁶⁸ En este sentido, han sentado criterio al respecto, las resoluciones de la DGRN de 11 de marzo de 1991 y de 3 de junio de 1999. Así, la designación de la persona física como representante del administrador persona jurídica queda incluido en las competencias del órgano de administración de ésta, el cuál podrá realizarlo directamente o a través de apoderamientos. Tal competencia lo es por razones prácticas y operativas. Ha de tratarse de una única persona física, no siendo válida la designación de varias personas, plenamente identificada y con facultades suficientes, unido al hecho de que puede pertenecer o no al órgano de administración de la persona jurídica administrador.

⁶⁹ La LSC de 2010 (y de 2014) en su art. 223 trata del cese de los administradores, con carácter general, y en el art. 224 establece los supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima. Por ello, la persona jurídica administradora deberá sustituir inmediatamente a su persona física representante.

Dicha sustitución requiere la separación y el nombramiento de su sustituta. Por tanto, la sustitución de la persona física representante no producirá efectos mientras no se designe a la persona que la haya de sustituir (art. 212 bis.2 de la LSC de 2014). Tal designación se inscribirá en el RM en los términos previstos en el art. 215 de la LSC de 2010 (y de 2014). La finalidad es evitar situaciones de vacío en el ejercicio del cargo por parte de la persona jurídica⁷⁰.

De la misma manera, las prohibiciones del art. 213 de la LSC de 2010 (y de 2014) pueden afectar directamente a la persona jurídica administrador si, como ya hemos señalado, cualquier cambio de leyes o normas limitaran su capacidad para ser administrador. Lo mismo podemos decir si la persona jurídica administrador está declarada en concurso (de conformidad con la LC) dada su inhabilitación para ocupar el cargo de administrador⁷¹.

5.2.- EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

Como hemos comentado en el apartado 5.1 sobre la definición de administrador, las personas que desempeñan el cargo de administrador conforman el órgano de administración de la sociedad. Entendemos que el órgano de administración es necesario porque sin administradores la sociedad no podría subsistir; y, además, es un órgano permanente, puesto que determina el desarrollo diario de la sociedad y de su continuidad en el tiempo. En definitiva, el órgano de administración es una garantía del correcto funcionamiento de la sociedad.

Así pues, una vez ya analizada la persona del administrador y teniendo en cuenta que éste configura un órgano societario llamado órgano de administración, vamos a determinar su concepto, sus competencias y el modo de organizarse. Cómo se verá

⁷⁰ Tiene su correlación con lo dispuesto en el art. 143.2 del RRM, que determina lo siguiente: “En caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución.”

⁷¹ Respecto a las responsabilidades del administrador persona jurídica, la LSC de 2014 en busca de un renovado impulso del gobierno corporativo clarifica su régimen por vez primera. La persona física representante de la persona jurídica administrador estará sometida a los mismos deberes y obligaciones que ésta, de modo que la persona física responderá solidariamente con la persona jurídica a la que representa (art. 236.5 de la LSC de 2014).

resulta coincidente con lo comentado para la figura del administrador, si bien ahora lo analizamos desde el punto de vista del órgano de administración que constituyen⁷².

5.2.1.- Concepto.

El órgano de administración son las personas físicas o jurídicas que ejercen las funciones de gestión y representación de la sociedad. Conviene aclarar que la LSC, siguiendo la terminología de la LSA y de la LSRL, se refiere al órgano de administración con la expresión de “administradores”, es decir, que la administración y representación no se atribuye a los administradores considerados singular o individualmente, sino que cuando hay pluralidad dicha atribución es al órgano de administración en su conjunto.

El Título VI de la LSC de 2010 (y de 2014) regula la administración de la sociedad que contiene el régimen común a las SA y SL así como las especialidades de cada tipo societario; en su art. 209 establece que “es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”⁷³ y en los estatutos sociales⁷⁴ podríamos añadir.

En este contexto, el órgano de administración puede tener reguladas algunas consideraciones de su competencia mediante los estatutos sociales. De modo general, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad⁷⁵, los estatutos podrán incluir

⁷² En el apartado 5.1 hemos definido la persona administrador y sus características, ahora pasamos a comentar el órgano de administración que conforman los administradores. La LSC de 2010 (y de 2014) menciona de igual forma a la persona administrador de la sociedad que al órgano societario que configura, para el caso, véase los arts. 210, 242, 244, 246, 249 y 251 de la citada Ley.

⁷³ La LSC de 2010 (modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo) regula determinados aspectos del órgano de administración, como las prohibiciones (art. 213), el nombramiento y la aceptación (art. 214), la remuneración (arts. 217 a 219), la duración del cargo (art. 221), la separación (arts. 222 y 223), los deberes (arts. 225 a 232), la representación de la sociedad (arts. 233 y 234) y la responsabilidad de los administradores (arts. 236 a 241 bis).

Con respecto al consejo de administración, la LSC de 2010 (modificada por la LSC de 2014) regula la elección de sus miembros (arts. 242 a 244), su organización y funcionamiento (arts. 245 y 246), su constitución (art. 247), el régimen de adopción de acuerdos (art. 248), la delegación de facultades (arts. 249 y 249 bis) y la impugnación de acuerdos (art. 251). Finalmente, el art. 252 de la LSC de 2010 (y de 2014) trata sobre la administración de la sociedad comanditaria por acciones.

⁷⁴ Recordemos que los estatutos sociales son unas normas articuladas que determinan la organización y el funcionamiento de la sociedad y que se anexan al contrato de sociedad.

⁷⁵ La LSC de 2010 (y de 2014) en su art. 28 establece la autonomía de la voluntad de los socios fundadores, de esta forma “en la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y

los pactos y condiciones que consideren oportunos establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad⁷⁶. En este sentido, el art. 23 de la LSC de 2014 pronuncia que “En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar: (...) e) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren”. Por su parte, para las sociedades anónimas, el art. 124.1 del RRM dispone a este respecto que “En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye: a) a un administrador único, b) a varios administradores que actúen solidariamente, c) a dos administradores que actúen conjuntamente, d) a un consejo de administración, integrado por un mínimo de tres miembros.” Para las sociedades de responsabilidad limitada, se establece en el mismo sentido en el art. 185.1 del RRM.

De acuerdo con lo dispuesto en la LSC, el órgano de administración está sometido a la voluntad y el control de la junta general⁷⁷. Pero en la realidad empresarial, como afirma BROSETA PONT, ha supuesto un fortalecimiento del poder personal de los administradores en defecto del poder y del control de la junta general. Esto se debe, según el citado autor, a varias causas: en primer lugar, al hecho de corresponder a los administradores la dirección de la explotación de la empresa; en segundo lugar, a que la complejidad de la gestión y de los asuntos sociales privan a los miembros de la junta de los conocimientos técnicos que les permitan ejercer una labor de fiscalización eficiente

condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

⁷⁶ La voluntad de los socios de regular la organización y funcionamiento interno de la sociedad lleva, en la práctica, a una serie de pactos parasociales (es decir, acuerdos entre partes para completar o concretar las reglas legales que rigen en sus relaciones internas). Por ejemplo, los pactos que tienen como finalidad el control de la sociedad mediante acuerdos restrictivos de las competencias de los administradores; sobre las políticas a desarrollar por la sociedad (dividendos, plan de negocios, etc...); o sobre la composición del órgano de administración. Para un mayor estudio, véase PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; “*El enforcement de los pactos sociales*”, revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Ed. Dykinson, núm. 5, mayo-agosto 2003, pp. 19 a 43.

⁷⁷ La reforma de 2014 para la mejora del gobierno corporativo ha introducido nuevas facultades de la junta general, letra f) del art. 160, justificándolo en el apartado IV de su exposición de motivos “para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales”. Véase al respecto de la determinación de las facultades de la junta general sobre el órgano de administración los arts. 160, 161, 210, 211, 217, 223, 230 y 236 de la LSC de 2014.

de la marcha de la sociedad y de la labor de los administradores; y, finalmente, por el progresivo abstencionismo de los pequeños accionistas inversores⁷⁸.

Bajo la forma de consejo de administración, explica BROSETA PONT, es aún más notorio el poder y control personal de los administradores. De este modo, mientras la LSC atribuye a los administradores la gestión y la representación de la sociedad, la práctica demuestra que las competencias son delegadas por el órgano colegiado en consejeros delegados y en comisiones ejecutivas. Así, quedan reducidas sus funciones a un mero control y vigilancia de las realizadas por los delegados⁷⁹.

La modificación de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo tiene entre sus objetivos generar mayor confianza y transparencia. Para ello, la búsqueda de un adecuado y correcto funcionamiento interno de los órganos de gobierno y administración de la sociedad resulta esencial. Se pretende reforzar el papel de la junta general ampliando sus competencias en ciertas operaciones de relevancia o modificación estructural (como la compra venta de activos de la sociedad con criterios cuantitativos) y fomentar la participación de los socios y accionistas⁸⁰.

La nueva norma, en sede del órgano de administración, protege la discreción empresarial en las decisiones propias del administrador, contiene el derecho a recabar información, los mecanismos para evitar conflictos de interés, los deberes fiduciarios, la responsabilidad y su extensión subjetiva, la limitación razonable de las remuneraciones

⁷⁸ BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ed. 22ª, vol. I, Ed. Tecnos, 2015. pp. 492 y 493. El autor rememora el concepto de *manager's revolution* de la década de los sesenta.

⁷⁹ BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit. pp. 492 a 495. Los autores apuntan un claro divorcio entre el modelo legal (un consejo que administra) y el modelo real (un consejo que no administra, y que sólo supervisa). En su explicación hace referencia al *corporate governance*, movimiento surgido en los EEUU ya en la década de los setenta, que busca redefinir el papel del consejo de administración (y de sus miembros) en las grandes sociedades, especialmente en las sociedades cotizadas. En ese sentido, hace alusión a las iniciativas españolas de recomendaciones en el buen gobierno de las sociedades, en especial las SA grandes empresas y cotizadas, como el Código Olivencia de 1998, Informe Aldama de 2003, Código unificado de recomendaciones sobre Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 18 de enero de 2006 (actualizado en 2013) y el nuevo Código de Buen Gobierno de 18 de febrero de 2015.

⁸⁰ La ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, se centra en dos aspectos principales: por un lado, en la junta general y los derechos de los socios; y, por otro, en el órgano de administración de las sociedades de capital. La referida LSC de 2014 tiene su origen en los trabajos de la Comisión de expertos creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013. El informe de la Comisión de 14 de octubre de 2013 y base de la nueva LSC, priorizó los cambios normativos relativos al buen gobierno de las empresas, sobre las recomendaciones sujetas al principio de “cumplir o explicar” (*soft law*), criterio de la UE en materia de gobierno corporativo.

y se modifica la regulación del consejo de administración, tanto su organización y funcionamiento como las facultades que no son delegables⁸¹.

5.2.2.- Modos de organizar la administración.

La LSC de 2010 (y de 2014) obliga que figure en los estatutos una mención del modo o modos concretos de organizar la administración de la sociedad (art. 23 e) de la LSC⁸²), de acuerdo con lo establecido en la propia LSC (art. 210) y en el RRM (arts. 124 y 185). Además, También, debe constar el número de administradores en los estatutos sociales o, al menos, el número máximo y el mínimo. Para el caso particular del modo de organizar la administración como un consejo de administración no será nunca inferior a tres miembros (administradores). En la SL, en caso de consejo de administración, el número máximo de componentes del consejo no podrá ser superior a doce. Cuando los estatutos establezcan solamente el número mínimo y el máximo de administradores, la junta general determinará su número concreto (arts. 211 y 242 de la LSC de 2010 y de 2014 y arts. 124.1 y 3 y 185.4 del RRM).

La LSC se refiere a un sólo órgano de administración (continuando con lo estipulado en la LSA de 1989), y frente a lo dispuesto en la LSA de 1951, excluye el sistema dualista salvo la opción en la SAE domiciliada en España (arts. 476 y ss de la LSC de 2010 y de 2014).

El órgano de administración puede organizarse de uno de los siguientes modos⁸³:

- Un administrador único. La persona física o jurídica asignada con tal cargo asume la totalidad de las funciones de gestión y representación de la sociedad⁸⁴.

⁸¹ La LSC de 2014 regula ciertos aspectos relevantes en la organización y funcionamiento del consejo de administración de las sociedades de capital, como “el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros” (apartado V de su Preámbulo). También, atribuye como facultades indelegables aquellas decisiones que se refieran a la gestión esencial y supervisión de la sociedad (en su nuevo art. 249 bis).

⁸² El art. 23 e) fue modificado en su texto original por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC de 2010. Posteriormente, la LSC de 2014 no ha variado su redacción.

⁸³ El art. 210 de la LSC de 2010 (y de 2014) nos indica los modos concretos de organizar la administración, solucionando la normativa anterior de la LSA que nos remitía al RRM.

- Varios administradores solidarios. Cada uno de ellos ostenta todas las funciones del órgano de administración, pero pueden actuar independientemente sin consentimiento del resto de administradores. Los estatutos sociales o los acuerdos de la junta general pueden distribuir las actividades de gestión de los administradores, si bien sólo tendrá alcance interno, es decir, no tendrá implicación frente a terceros⁸⁵.
- Varios administradores que actúan conjuntamente (de forma mancomunada) en cualquier acto de gestión o representación para poder vincular a la sociedad. Los estatutos sociales o los acuerdos de la junta general pueden asignar un régimen de actuación para cada uno de ellos, con un alcance meramente interno, es decir, no tendrá implicación frente a terceros⁸⁶.
- Consejo de administración. Este órgano está integrado por tres o más miembros que actúan colegiadamente (por mayoría o de forma regulada). El poder de representación corresponde al propio consejo, pero los estatutos podrán atribuir a uno o varios miembros a título individual o conjunto el poder de representación de la sociedad⁸⁷.

⁸⁴ Sobre este modo, ver los arts. 210.1 y 233.2.a de la LSC de 2010 (y de 2014) y 124.1.a y 124.2.a y 185.1.a y 185.3.a del RRM. En la práctica, la estructura de administrador único se produce en sociedades de tamaño pequeño y de estructura accionarial sencilla o de tipo familiar, en las que el accionista mayoritario o dueño del negocio asume la titularidad y el ejercicio de todos los poderes. Su principal ventaja radica en la rapidez en la toma de decisiones, como consecuencia de la concentración en un único titular de todas las facultades de administración, pero presenta como inconveniente (además del riesgo inherente a toda estructura de poder unipersonal) el imposibilitar el acceso de los socios minoritarios al órgano de administración.

⁸⁵ Sobre este particular, véase los arts. 210.1 y 233.2.b de la LSC de 2010 (y de 2014) y 124.1.b y 124.2.b y 185.1.b y 185.3.b del RRM. Esta administración solidaria favorece la flexibilidad y la agilidad en la toma de decisiones, pero incrementa el riesgo de conflictos y contradicciones en la actuación de los administradores.

⁸⁶ En este sentido, ver los arts. 210.1 y 233.2.c de la LSC de 2010 (y de 2014) y 124.1.c y 124.2.c y 185.1.c y 185.3.c del RRM. La exigencia de la actuación conjunta de los administradores, en la práctica, puede suponer situaciones de colapso en la vida social derivadas del enfrentamiento de los mismos en perjuicio del dinamismo con que debe actuar el órgano de administración. Sin embargo, esta estructura constituye una forma insustituible cuando lo que se persigue es el aseguramiento en la toma de decisiones y el mantenimiento de las respectivas posiciones de igualdad por los socios, evitando situaciones de predominio.

⁸⁷ Véase los arts. 210.1 y 233.2.d de la LSC de 2010 (y de 2014) y 124.1.d y 124.2.d y 185.1.d y 185.3.d del RRM. Por su parte, el art. 242 de la LSC de 2010 (y de 2014) nos comenta la composición del consejo de administración, que estará formado por un mínimo de tres miembros y, en el caso de las SL el número máximo no podrá ser superior a doce. Ninguno de los miembros del consejo de administración posee *per se* facultades de gestión ni de representación, pues éstas corresponden colectivamente a sus miembros, actuando en régimen de mayorías.

La LSC de 2014 introduce novedades en el órgano de administración bajo la forma de consejo de administración: se crea un nuevo apartado 3 en el art. 245, obligando a una reunión trimestral, como mínimo; varía la redacción del art. 249 sobre delegación de facultades y la formalización de un contrato con la sociedad; y añade un nuevo art. 249 bis sobre las facultades que el consejo de administración no puede delegar.

Si concretamos estos aspectos en la SA, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores actuarán de forma mancomunada, mientras que cuando sean más de dos administradores han de constituirse en consejo de administración⁸⁸.

Y en la SL se permite la previsión estatutaria de diferentes modos alternativos de organizar la administración, atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar sin necesidad de modificar los estatutos sociales⁸⁹.

Mientras que en estructuras simples de sociedades lo usual es confiar la administración a un administrador único, a administradores solidarios o a mancomunados; por el contrario, en estructuras complejas lo característico es el consejo de administración. Y es importante la determinación del modo de organizar la administración de la sociedad porque incide directamente en la delegación de facultades (la LSC sólo previene expresamente para el caso de consejo de administración), en el diferente sistema de remuneración de los administradores por su condición de tal y por sus funciones delegadas (por ejemplo de alta dirección) y, por ende, en su deducibilidad fiscal en el IS. Cuestión ésta que abordaremos en el capítulo 7 del presente trabajo. Criticamos que la normativa mercantil no se haga eco de la realidad empresarial y que no tenga en cuenta la separación de las funciones con independencia del tamaño de la sociedad y el modo de modo de organizar la administración.

5.2.3- Competencia.

La gestión y la representación de la sociedad les corresponde a los administradores (y al órgano de administración que conforman), competencia que se deriva de la propia LSC⁹⁰. Además, la gestión y la representación de la sociedad resultan del art. 22.1.e) de

⁸⁸ De acuerdo con lo estipulado en el art. 210.2 de la LSC de 2010 (y de 2014).

⁸⁹ Según lo establecido en el art. 210.3 de la LSC de 2010 (y de 2014) y 185.2 del RRM. En todo caso, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 210.4 de la LSC de 2010 (y de 2014), “todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el RM”.

⁹⁰ Por primera vez en nuestro ordenamiento de las sociedades de capital se formula de forma expresa y conjunta la atribución a los administradores de las tareas de gestión y representación. Esta regla general se desprendía anteriormente de lo establecido en los arts. 9 h) y 128 de la LSA y arts. 57.1 y 62.1 de la LSRL. La LSC de 2010 (y de 2014) en su art. 209 regula la competencia del órgano de administración. Cabe decir que tales funciones no pueden ser asumidas por la junta general, aunque ésta, al fiscalizar la

la LSC de 2010 (y de 2014) que exigen, del contenido de la escritura de constitución, la identidad de la persona o personas que inicialmente asuman la administración y la representación de la sociedad.

La gestión social de la sociedad comporta una serie de actuaciones necesarias para conseguir los fines sociales. Ahora bien, afirma SÁNCHEZ CALERO, que la actuación de los administradores se basa en la vigilancia permanente de la gestión de la sociedad que constituye la actividad de la empresa y en la organización de la vida de la sociedad. La gestión, según la dimensión de la sociedad, se ayuda con altos cargos dependientes del órgano de administración, tanto en la forma de director general como el de apoderados generales o especiales que actúan bajo la jerarquía y el poder de dirección de ese órgano, a los que éste confía el desempeño de diversas funciones y cuya importancia depende de la complejidad de la organización de la empresa que desarrolla la sociedad⁹¹.

La representación de la sociedad está expresamente recogida en los arts. 233, 234 y 235 de la LSC de 2010 (y de 2014); en cuanto a la atribución del poder de representación dispone que “la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos”. La representación, en relación a su ámbito, “se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”. Y, además, “la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”⁹².

gestión social, puede aprobar o no la actuación de los administradores y proceder, si lo estima oportuno, a su revocación. En este sentido, se pronuncia la DGRN con la Resolución de 31 de octubre de 1989.

La LSC de 2014 modifica el art. 161 sobre intervención de la junta general en asuntos de gestión, de manera que abre la posibilidad que actualmente tenía la junta de las SL de instruir al órgano de administración o de someter a su previa autorización determinados asuntos de gestión, haciéndolo extensivo a las sociedades de capital.

⁹¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit, p. 50.

⁹² Los arts. 233 y 234 de la LSC de 2010 (y de 2014) regulan la atribución del poder de representación y el ámbito del poder de representación de la sociedad, respectivamente. Nos remitimos al apartado 5.4 del presente capítulo para un estudio más detallado de la representación de la sociedad, como una de las competencias de los administradores (y del órgano de administración que conforman).

Téngase en cuenta que la representación de la sociedad recae en los administradores como titulares del órgano de administración, de modo que por tal cargo manifiestan la voluntad de la persona jurídica y obligan con sus actos a la sociedad. La representación la denominamos orgánica, si bien con origen en la LSC, ya que vincula a la sociedad frente a terceros mediante los administradores, según el modo de organización del órgano de administración. Por tanto, el poder de la representación orgánica viene atribuida por la LSC⁹³ y, a pesar de que puede limitarse su ámbito, éste será con efectos internos, no afectando a terceros. Volveremos con mayor detalle en el apartado 5.4 sobre la representación de la sociedad.

También, puede haber atribuciones del poder de representación en favor de uno o varios administradores del total de miembros del órgano de administración, como es en el caso de consejo de administración (a tener en cuenta lo establecido en el art. 249 de la LSC, sobre la delegación de facultades en el consejo de administración⁹⁴).

Aunque la representación de la sociedad corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos sociales, la sociedad puede conferir representación voluntaria en favor de terceros, como por ejemplo, gerentes o directores generales, mediante el otorgamiento del correspondiente poder. Tal facultad la ostentan los administradores de la sociedad que tienen atribuido ese poder de representación. Es necesario tener presente que el apoderamiento voluntario no facilita la condición de administrador como tampoco que se forma parte del órgano de administración como cargo delegado. La representación voluntaria faculta al apoderado para obrar en un determinado negocio jurídico (director general que actúa en una operación comercial) o para la prestación de un servicio determinado (procuradores en un litigio). En el apartado 5.4 retomaremos el apoderamiento voluntario como una aplicación práctica de delegación de la representación de la sociedad.

⁹³ Corresponde a la LSC determinar el poder de representación de la sociedad. Así, en el art. 233.1 de la LSC de 2010 (y de 2014) atribuye el poder de representación de la sociedad, como norma general, al administrador en la forma que lo establezcan los estatutos sociales, mientras que en el apartado 2 del citado precepto instituye una serie de reglas según el modo de organizar la administración. Por su parte, el art. 234 delimita el ámbito de extensión del poder de representación a todos los actos comprendidos en el objeto social.

⁹⁴ La LSC de 2014 modifica y concreta la delegación de facultades del consejo de administración, de hecho se añade un art. 249 bis sobre la enumeración de facultades indelegables. Con la nueva definición del art. 249, la relación de la sociedad con la persona delegada con poderes deberá quedar reflejada en un contrato que será aprobado por el consejo de administración.

En este contexto, SÁNCHEZ CALERO considera que los administradores tienen un ámbito de competencia general, dado que han de poder realizar todos los actos necesarios para conseguir el objeto social⁹⁵. Por ello, se estima que es una competencia de los administradores de carácter general, es decir, criticamos que no se definen las funciones del administrador pues el art. 209 de la LSC de 2010 (y de 2014) se limita a señalar que “es competencia de los administradores (y del órgano de administración) la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”; en cambio, la competencia de la junta general es específica, que viene determinada por la LSC⁹⁶ y por los estatutos de la sociedad, en tanto en cuanto aquella lo consienta.

No obstante, la LSC de 2014 incorpora modificaciones que permiten clarificar el ámbito de actuación de los administradores y que compartimos sin ninguna duda. La nueva redacción de los arts. 225 (deber general de diligencia), 226 (protección de la discrecionalidad empresarial) y 249 bis (facultades indelegables del consejo de administración) concretan las funciones del administrador en las sociedades de capital, junto con la representación⁹⁷.

Asimismo, la LSC de 2014 amplía las competencias de la junta general en la aprobación de operaciones societarias (adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad) que pudieran suponer modificaciones estructurales en el patrimonio de la sociedad, eliminando la exclusividad en la decisión del órgano de administración (art. 160 letra f) de la LSC de 2014). Nos referimos a operaciones con bienes y derechos de cierta relevancia económica que la LSC de 2014 denomina como activos⁹⁸ esenciales de la sociedad⁹⁹. Y serán así considerados cuando el importe económico de la operación

⁹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 46.

⁹⁶ La competencia de la junta general queda regulada en el Capítulo II del Título V de la LSC de 2014.

⁹⁷ Encontramos coincidente con nuestra opinión a DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 66 y 67.

⁹⁸ El PGC de 2008 en el punto 4º del Marco Conceptual de la Contabilidad define el concepto de activos como “bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro”. Encontramos la misma definición en el art. 36.1. letra a) del CCom.

⁹⁹ El nuevo apartado f) del art. 160 de la LSC de 2014 reserva a la aprobación de la junta general de ciertas operaciones societarias de relevancia (adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad) sobre activos esenciales. Y, aclara que “Se presume el carácter de esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento (25 %) del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.”

resulte superior al veinticinco por ciento del valor de los activos que tiene la sociedad en su último balance aprobado¹⁰⁰.

No compartimos con la LSC de 2014 ese criterio cuantitativo que puede ocasionar problemas en la práctica por la dificultad de valoración de los activos esenciales en las operaciones societarias, obligando a distinguir en los negocios jurídicos si se trata o no de este tipo de activos. No se define claramente lo que es un activo esencial, ni la competencia de quién decide sobre ese carácter de esencial y, más aún, pudiera ocurrir que se realice una operación económica que no supere el umbral establecido (25 % del valor de los activos) y que, no obstante, suponga una modificación estructural en el patrimonio de la sociedad, o afecte al objeto social, quedando a aprobación del órgano de administración y no de la junta general.

Además, las competencias del órgano de administración en asuntos de gestión se ven sometidas a la junta general. A estos efectos, se extiende a todas las sociedades de capital, salvo disposición contraria en los estatutos, la posibilidad de la junta general de impartir instrucciones en materias de gestión, hasta entonces sólo reconocida en sede de la SL, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 234 de la LSC de 2010 (y de 2014), sobre el ámbito del poder de representación¹⁰¹.

Para concluir con este apartado, reprobamos que la LSC de 2014 no acabe de solucionar la determinación de competencias que corresponden a la junta general y al órgano de administración. Y esto es así, dado que de la regulación de competencias de la junta general se desprende cierta inseguridad ante la posibilidad de intervención en cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos¹⁰². No obstante, compartimos con la modificación de la LSC de 2014 en materia de gobierno

¹⁰⁰ Entendemos el balance como un documento contable de representación del patrimonio de una sociedad en un momento dado. Por regla general, el balance presenta la situación económica y financiera de una sociedad al final de un ejercicio contable y deberá ser aprobado por la junta general (art. 272 de la LSC de 2010 y 2014). Las normas básicas para la elaboración del balance las encontramos en el art.35.1 del CCom. y en el Marco Conceptual de la Contabilidad del PGC de 2008.

¹⁰¹ La LSC de 2014 unifica la intervención de la junta general en asuntos de gestión a todas las sociedades de capital mediante el art. 161.

¹⁰² Concretamente, en el apartado j del art. 160 de la LSC de 2014, sobre competencia de la junta en “cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos”, dota de cierta imprecisión a los asuntos en los que puede intervenir la junta general.

corporativo, respecto a reforzar y clarificar el papel de la junta general como hemos observado.

Finalmente, los administradores son remunerados por el desarrollo y actuación de las competencias del órgano de administración, originando un régimen jurídico de las remuneraciones por su condición de tales (administradores) y otro distinto para las facultades delegables como veremos en el capítulo 6 del presente trabajo. Como también la incidencia en el ámbito fiscal sobre el diferente tratamiento de las remuneraciones, como por ejemplo en el IS o en el IRPF, cuestiones que abordaremos en los capítulos 7 y ss.

5.3.- LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.

La administración de una sociedad comprende un conjunto de actos y decisiones de diferente naturaleza con la intención de llevar a cabo el objeto social. Requiere de personas físicas o jurídicas capacitadas y designadas para administrar. Y los administradores ejercen sus funciones (de gestión y de representación) al frente de la sociedad. En consecuencia, el ejercicio del cargo ha de responder a unas normas de conducta y deberes de obligado cumplimiento, *ad hoc* su incumplimiento presupone la exigencia de responsabilidad. Por ello, resulta necesario comentar las funciones propias (o indelegables) del administrador en su condición de tal que se desprenden desde el marco de los deberes de los administradores, dada la falta de definición de la LSC¹⁰³. En este apartado, vamos a tratar de los deberes generales de los administradores: el deber general de diligencia y el deber de lealtad y los procedimientos a seguir para el caso de situaciones de conflicto de interés.

Conviene aclarar que los deberes de los administradores se refieren a una forma de cumplimiento del ejercicio del cargo en su sentido general. En un aspecto más concreto estarían los deberes específicos con respecto a la gestión y representación de la sociedad y los deberes con respecto a la organización de la sociedad (y que se completan con los

¹⁰³ La falta de definición de la LSC sobre las funciones del administrador ha sido explicada y criticada en el apartado 5.2.3 del presente trabajo. Sin embargo, las modificaciones de la LSC de 2014 mejoran el entorno de actuación de los administradores con la nueva regulación de los deberes de los administradores recogida en el Capítulo III del Título VI.

que, en su caso, establezcan los estatutos sociales), que impone la LSC y no son motivo de desarrollo en este trabajo. Nos centraremos, pues, en los deberes generales del administrador.

Históricamente la Ley de transparencia¹⁰⁴ supuso, por primera vez, una regulación sistemática de los deberes de los administradores; hasta entonces la actuación de los administradores se debía regir con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. El texto refundido de la LSC del año 2010 unifica los deberes extendiendo su aplicación a todas las sociedades de capital. Aunque se continúa con el principio fundamental de la diligencia de un ordenado empresario incluyendo, además, una relación completa de deberes del administrador. La reforma legislativa de la LSC de 2014 modifica todo el Capítulo III del Título VI, bajo la rúbrica de los deberes de los administradores, para la mejora del gobierno corporativo. Básicamente, precisa más los deberes de diligencia en la gestión de la sociedad y de lealtad en la representación de ésta. Así, se trata de someter a un control y una vigilancia de la actuación gestora de los administradores dotándoles de una serie de normas de conducta con la finalidad de

¹⁰⁴ Así denominada la Ley 26/2003, de 17 de julio, que introdujo importantes novedades en el art. 127 de la LSA, con respecto a los deberes del administrador en el ejercicio del cargo, sobretudo con respecto al deber de lealtad, mediante la introducción de los arts. 127 bis a 127 quater. Hasta entonces la LSA de 1989 (y la anterior de 1951) se limitaba a la formulación dónde el desempeño del cargo debía realizarse “con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. La finalidad de la reforma de 2003 responde a las exigencias de los mercados financieros con el reforzamiento de la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (si bien es aplicable a los administradores de cualquier sociedad).

La Ley de transparencia contenía novedades en el art. 133 de la LSA con respecto a responsabilidades por el incumplimiento de los deberes de los administradores. En este sentido, la redacción del precedente art. 133.1 de la LSA de 1989, dónde mencionaba en su parte final que los administradores responderán del daño que causen “por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”, fue modificado por la Ley de transparencia en el año 2003, de modo que los administradores responderán del daño que causen “por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”. El texto refundido de la LSC de 2010 recoge esta última modificación de la parte final del precepto (art. 236.1). De esta forma, queda comprendida la referencia y el detalle de los deberes genéricos de los administradores.

Finalmente, la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo pretende precisar con mayor rigor los deberes de diligencia y de lealtad y los mecanismos para prevenir situaciones de conflicto de interés en los administradores. Lo que motiva que se responderá por el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo “siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”. (art. 236.1 de la LSC de 2014). Y añade, expresamente, la extensión del régimen de responsabilidades y deberes sobre la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección (art. 236.4) y sobre la persona física representante de un administrador persona jurídica, respondiendo solidariamente con la persona jurídica a la que representa (art. 236.5).

reforzar la transparencia y la seguridad en la administración de la sociedad, desde una perspectiva de mayor confianza y profesionalidad¹⁰⁵.

De esta manera, podemos afirmar que la LSC de 2014 mejora la seguridad jurídica; a través del concepto de discrecionalidad empresarial y una regulación más completa del deber de lealtad. La reforma aboga por el principio de protección del interés de la sociedad y la profesionalización del cargo de administrador lo que refuerza la lealtad y la diligencia del administrador en el ejercicio de su cargo y, por ende, la confianza en el funcionamiento interno y externo de la sociedad.

¹⁰⁵ La regulación de los deberes de los administradores se ha vuelto más precisa con el paso del tiempo. La búsqueda de una mejora de la gobernanza empresarial de las sociedades cotizadas utilizando recomendaciones de buen gobierno corporativo se ha ido extendiendo recientemente a las no cotizadas.

La Ley de Transparencia (2003) recoge parte de las recomendaciones en el buen gobierno de las sociedades, en especial las SA grandes empresas y cotizadas, de la “Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas” (conocido como Informe Aldama, 8 de enero de 2003).

El informe Aldama, que debe su nombre al Presidente de la Comisión especial creada, pretende dotar de mayor seguridad y transparencia financiera a los inversores. Si bien contiene regulación innovadora al respecto (como el voto a distancia o los deberes de lealtad y diligencia), incluso trasladable a las sociedades diferentes de las cotizadas, no resuelve los conflictos de poder y competencias en la administración de la sociedad. El informe Aldama supuso un paso más al Informe Olivencia y su Código de buen gobierno (Comisión creada en 1997 con la finalidad de elaborar un Informe “para el estudio de un Código ético de los consejos de administración de la sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas”, Madrid, 26 de febrero de 1998, publicado por la CNMV en 1999).

Posteriormente, el 22 de mayo de 2006, el Consejo de la CNMV aprobó el Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (o código Conthe, por el nombre de la persona que presidió el grupo de trabajo para su elaboración) dónde recoge y actualiza novedades respecto de los anteriores informes mencionados. Las concordancias básicas del documento unificado con los informes Olivencia y Aldama se resumen en el apéndice 2 del mismo.

Consúltese el Informe Olivencia, disponible en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

Consúltese el Informe Aldama, disponible en <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

Consúltese el Código Unificado de buen gobierno, disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf, consultado el día 31 de mayo de 2017.

En junio de 2013, el consejo de la CNMV aprobó una actualización parcial del Código unificado. Todo ello debido a un renovado impulso del gobierno corporativo. La crisis financiera internacional y la falta de transparencia fundamentan la búsqueda de una mejora de la eficiencia económica, la generación de valor en la empresa y la recuperación de la confianza de los inversores.

Por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 se creó una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas (recomendaciones que se convierten en normas de obligado cumplimiento), y para prestar apoyo y asesoramiento a la CNMV en la modificación del Código Unificado de 2006. Este nuevo Código de buen gobierno fue aprobado por acuerdo del consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015. Antecedente directo de la modificada LSC del año 2014.

Consúltese el nuevo Código Unificado de buen gobierno, disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf, consultado el día 31 de mayo de 2017.

En este sentido, los deberes de los administradores se vertebran bajo la fórmula clásica de “con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal” y se reforman en el año 2014 para la mejora del gobierno corporativo, con la introducción de la protección de la discrecionalidad empresarial, los mecanismos para evitar situaciones de conflictos de interés y su régimen de imperatividad¹⁰⁶. Con la LSC de 2014, y según el apartado V del Preámbulo, se pretende “una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés”, de esta manera se disponen con mayor detalle cuáles son los deberes y su contenido y su ámbito de aplicación para todas las sociedades de capital. Los deberes de los administradores quedan recogidos en los arts. 225 a 232 y destacamos que¹⁰⁷:

- El deber general de diligencia. en el ejercicio del cargo de administrador exige un patrón de conducta con la diligencia de un ordenado empresario (arts. 225 y 226);
- El deber de lealtad, obrando de buena fe en interés de la sociedad (art. 227);
- Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (arts. 228 y 229);
- El régimen de imperatividad y dispensa (art. 230);

Desde la perspectiva fiscal, la remuneración por las funciones del administrador como tal (funciones indelegables) dentro del marco de los deberes generales impuestos, determinará su deducibilidad fiscal en el IS si existe constancia en los estatutos sociales.

¹⁰⁶ La Ley de transparencia del año 2003 sustituye la rúbrica del art. 127 (“Ejercicio del cargo”) por el de “Deber de diligente administración”, mantenido en la refundición del texto de la LSC de 2010. La modificación de la LSC de 2014 lo reforma y nos precisa el contenido del deber general de diligencia (art. 225 de la LSC de 2014).

Además, la reforma de 2003 estableció en los arts. 127, bis, ter y quarter, los nuevos deberes de informarse sobre la marcha de la sociedad, de fidelidad, de lealtad y de confidencialidad (“Deber de secreto”), respectivamente, para las SA. Mientras la LSRL regulaba expresamente en su art. 61 el ejercicio del cargo y en su art. 65 la prohibición de competencia, como pautas de comportamiento de los administradores. No obstante, el contenido de las normas de actuación sobre el cargo de administrador de la Ley de transparencia, a pesar del silencio legal, es generalizado para todas las sociedades (SA y SL). El texto refundido de la LSC de 2010, recoge y desarrolla los deberes de los administradores para todas las sociedades de capital en los arts. 225 a 232.

Las modificaciones llevadas a cabo en el año 2014, en el ámbito de los deberes de lealtad y diligencia para contribuir a una mejora del funcionamiento y la profesionalización del órgano de administración, previene los deberes de diligencia exigible, de lealtad de un fiel representante y la enumeración de los supuestos de conflicto de interés e incorpora las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (arts. 225 a 232 de la LSC de 2014).

¹⁰⁷ Además, a los efectos de los preceptos citados se relacionan las personas vinculadas a los administradores en el art. 231 de la LSC, con la finalidad de evitar la vulneración de los deberes por cualquier persona relacionada.

Finalmente, se incorporan las acciones derivadas por la violación del deber de lealtad, con independencia de los presupuestos de responsabilidad del art. 236 (art. 232 de la LSC de 2014). A continuación, pasamos a analizar los deberes de los administradores.

5.3.1.- El deber general de diligencia.

El art. 225.1 de la LSC de 2014, bajo la rúbrica de “Deber general de diligencia”, expresa, la norma general de conducta y obligaciones a cumplir en el ejercicio del cargo. Así, nos especifica que “Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Este mismo precepto se completa con un apartado segundo para dotar de mayor profesionalización al cargo de administrador, de modo que “deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”; y, un tercer apartado, sobre el deber de informarse sobre la marcha de la sociedad y el derecho a recabar la información necesaria para ejercer el cargo de forma adecuada¹⁰⁸.

Compartimos el acierto de la nueva redacción del deber general de diligencia más precisa y completa. Además, concreta el ámbito de actuación de los administradores según las funciones atribuidas y exigiendo una mayor profesionalidad al cargo.

¹⁰⁸ La evolución normativa del deber de diligencia ha ido determinado su contenido de forma más detallada (al igual que ha ocurrido con el resto de los deberes generales). La LSA de 1989 (y de 1951) se limitaba a una imprecisa definición del desempeño del cargo de administrador “con la diligencia de un ordenado empresario”. La citada Ley de Transparencia (2003) incorpora ya una precisión de la diligencia confiable, en su art. 127, de modo que cada administrador “deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad”. La LSC de 2014 contiene una nueva redacción del art. 225 de la LSC, aunque mantiene la exigencia de informarse, se amplía y precisa más el deber de diligente administración pasando a ser un deber general de diligencia, siendo uno de los objetivos la máxima profesionalidad y rigor en el desempeño del cargo de administración. Tal y como se dispone en el propio preámbulo de la LSC de 2014 (apartado III) para garantizar el buen gobierno corporativo, mejorando el control interno y la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades.

El nuevo art. 225.1, a diferencia del anterior texto, comporta una diligencia sujeta a las leyes y los estatutos, además de atender a la naturaleza del cargo (por ejemplo, consejero ejecutivo o consejero externo) y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores.

Los apartados 2 y 3 del mismo precepto dotan de un deber de profesionalidad del cargo de administrador, a través de una dedicación adecuada y la obligación de y derecho a la información sobre la sociedad.

Si bien es cierto que un administrador social no tiene propiamente la condición de empresario (pues realiza la actividad social en nombre y por cuenta de la sociedad), también lo es que actúa como tal, desde un punto de vista empresarial¹⁰⁹. Por ello, el administrador debe adaptar su actuación en el cargo a la pauta de conducta de un diligente ordenado empresario. El calificativo de “ordenado empresario” para SÁNCHEZ CALERO resulta equivalente al de un “organizado empresario”. La gestión del cargo del administrador se ha de organizar dentro de un orden de modo que conformen una regular y prudente buena administración¹¹⁰.

Por lo tanto, la cláusula general para determinar la conducta de un administrador en su gestión será la de un ordenado empresario. Esto comporta, además, un gran rigor en el ejercicio de sus competencias sociales (gestión y representación) y en la organización de la concreta actividad de la sociedad. En este sentido, el administrador debe ser prudente y cuidadoso en la toma de sus decisiones, es decir, acudir a una diligencia propia de un administrador (empresario) “diligente” en unas mismas circunstancias¹¹¹. Y esto es así, porque la asunción de decisiones forma parte de la propia actividad (empresarial), y cualquier decisión al respecto tiene su componente de riesgo (empresarial). Tal riesgo lleva a un resultado positivo o negativo en la gestión empresarial que no tiene que condicionar la valoración del deber de diligencia. Es más, la diligencia de un administrador debe medirse por las formas o medios adoptados (tales

¹⁰⁹ La condición de empresario o comerciante reside en la sociedad (art. 1 CCom.). El administrador social se asemeja a ese carácter empresarial dada las actividades sociales que desarrolla por cuenta ajena. El art. 282 del CCom. exige al factor (o gerente de una empresa) condiciones parecidas a las del empresario o comerciante.

Desde el ámbito económico, un empresario es quién realiza una actividad económica. Así, la LHL en su art. 79 considera que “una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.” Esta ordenación de medios de producción y recursos la organiza el administrador social para la obtención de un resultado empresarial. Por tanto, se deduce un comportamiento adecuado (diligencia) en su gestión social.

¹¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 181 y 182. También, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, ob. cit., pp. 536 a 540. Los autores analizan el deber de diligencia, su evolución legislativa y la reforma de la LSC de 2014, señalando que la diligencia es sinónimo de orden, de prudencia, de oportunidad y de otros criterios de actuación en las decisiones que los administradores adoptan dentro de sus competencias, como la dedicación y de atención a su labor, además de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad.

¹¹¹ El significado de administrador diligente en las mismas circunstancias sería la forma en la que actuaría un ordenado empresario si le ocurriese lo mismo o se encontrara ante la misma situación. Esta referencia al “empresario” le da un sentido de profesionalidad a la diligencia con la que debe actuar el administrador de la sociedad, en lugar de hacer mención al “buen padre de familia” (como parámetro de diligencia empleado para el mandatario por el art. 1719 CC).

como prudencia, planificación y estudio, nivel de información, vigilancia y cumplimiento de las normas legales) en el ejercicio de su actividad social (empresarial) y en la búsqueda del interés de la sociedad, más que en el resultado obtenido en la toma de decisiones. Como bien apunta SÁNCHEZ CALERO, el deber de diligencia “debe encuadrarse dentro de una obligación de medios, no de resultados”¹¹². No obstante, coincidimos con el autor que la exigencia de este deber de diligencia no puede ser muy alta, facultando a los administradores cierto grado de libertad en las decisiones relativas al desarrollo del ejercicio de la gestión social.

Así, el art. 225.1 de la LSC de 2014 establece la importancia del desempeño del cargo de administrador como un “ordenado empresario” sujeto a las leyes y los estatutos. O en otras palabras, el deber de diligencia incluye el deber de cumplir los deberes impuestos “por las leyes y los estatutos”¹¹³. Consideramos positivo que el nuevo texto incorpore expresamente (por vez primera en la legislación societaria) dentro de las obligaciones de diligente administrador de la sociedad, garantizar el cumplimiento de las normas legales por parte de la sociedad.

Por otra parte, el nuevo art. 225 de la LSC de 2014 adopta el calificativo de “general” por obedecer a un deber general de obligado cumplimiento y pauta de conducta para cualquier administrador y en cualquier sociedad de capital. La nueva redacción ha incluido criterios de modulación para determinar la diligencia exigible en cada caso concreto. Esto es, el deber general de diligencia introduce aspectos valorativos según la participación práctica de cada uno de los miembros del órgano de administración. Lo que viene a señalar que la diligencia exigible será atendiendo a la naturaleza del cargo (por ejemplo, un consejero independiente o externo, un consejero interno o ejecutivo) y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores. La previsión de distribución de funciones a los administradores se llevará a cabo de acuerdo con el modo de organización de la administración elegido por la sociedad. Conviene señalar que las funciones asignadas deben quedar delimitadas en el nombramiento del cargo de administrador, cuestión esencial para una posterior

¹¹² SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 180. Para VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., p. 774, “el deber de diligente administración tiene por finalidad maximizar el valor de la sociedad”.

¹¹³ En este sentido, se observa una correspondencia con lo dispuesto en el art. 259 del CCom., que obliga al comisionista al cumplimiento de las leyes y los reglamentos en los negocios encargados.

depuración de responsabilidades y para el régimen jurídico de las remuneraciones determinado.

En definitiva, el deber de diligencia atañe a todos los administradores, no obstante, consideramos acertado que el alcance de este deber se tenga en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. El modo en el cuál se organiza la administración de la sociedad (administrador único, administradores solidarios, administradores conjuntos o consejo de administración) influye directamente en la diligencia exigible. Por ejemplo, a un administrador único, que tiene plenas competencias de gestión y representación de la sociedad, se le exigirá una conducta diferente respecto a los deberes propios del cargo que a un miembro de un consejo de administración que actúa de forma colegiada. Incluso no todos los miembros de un consejo de administración tendrán el mismo nivel de diligencia exigible por razón de su posición en el consejo (consejero no ejecutivo o consejero ejecutivo). De igual modo, la atribución de funciones ejecutivas a un miembro del consejo de administración comportará un deber general de diligencia diferente a la de un administrador solidario que desarrolla todas las funciones propias del cargo¹¹⁴.

El apartado 2 del art. 225 de la LSC de 2014 introduce en el deber general de diligencia dos aspectos nuevos: una dedicación adecuada o deber de profesionalidad y un deber de prudencia en la valoración de riesgos para el buen gobierno de la sociedad.

¹¹⁴ En sentido general, el deber de diligencia a exigir es el mismo para todos los administradores, sean remunerados o no, y con independencia del modo de organización de la administración de la sociedad. Ahora bien, la distribución de funciones de los administradores dentro del sistema de administración adoptado sugiere una diligencia exigible de acuerdo con el cometido o función de cada cual. Por ejemplo, una empresa tiene como modo de organizar la administración: el consejo de administración, y delega facultades en una Comisión ejecutiva, ésta tendrá que cumplir diligentemente con la gestión encomendada, mientras que al consejo de administración se le exigirá diligencia en la labor de supervisión.

El desempeño del cargo de administrador de forma negligente (y no diligente) tiene gran importancia en materia de responsabilidades. La LSC de 2010 (y de 2014), agrava la responsabilidad de los administradores con el art. 241 de la LSC (anterior art. 135 de la LSA) de la acción individual, con la denominada “sanción civil” del art. 367 de la LSC (antiguo art. 262.5 de la LSA) por incumplimiento del deber de promover la disolución obligatoria de la sociedad y ampliándose la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración. La normativa para la atribución de responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital se recoge en los arts. 236 (presupuestos), 237 (solidaridad) y 367 (solidaridad por deudas sociales) de la LSC con las modificaciones para la mejora del gobierno corporativo de 2014 y que no son objeto de estudio en este trabajo.

Por su parte, la responsabilidad de los administradores en el Derecho Tributario viene regulada en la LGT, en las letras a) y b) de su art. 43.1 (en términos muy similares a lo expresado en el art. 40.1 de la LGT de 1963, según redacción de la Ley 10/1985, de 26 de abril), con respecto a la responsabilidad subsidiaria, y en la letra a) de su art. 42.1 (anterior art. 38.1 de la LGT de 1963), respecto a la responsabilidad solidaria.

En primer término, la dedicación va implícita en la aceptación del cargo de administrador, se asume el cargo de administrador y se realizan las funciones que le competen, para ello se requiere dedicación y cierta preparación técnica empresarial y organizativa (si bien no queda concretada la titulación profesional exigible). Ha de ser una dedicación adecuada, lo que se traduce, como ya hemos avanzado, según la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores que harán variar esa dedicación¹¹⁵. La exigencia de “dedicación adecuada” no es muy precisa y, a nuestro entender, faltaría la definición de lo que se entiende por “dedicación adecuada”; lo que se pretende es que el administrador actúe, se preocupe y ocupe su tiempo en los intereses de la sociedad. El administrador debe ejercer efectivamente el cargo y actuar de un modo activo (implicado) en la sociedad. Lo que supone dedicar el tiempo y esfuerzos necesarios para conocer la realidad de la sociedad y la evolución de sus negocios; participar y preparar convenientemente reuniones y comisiones; promover asuntos de interés societario; y seguimiento de los acuerdos adoptados, por poner algunos ejemplos. Resulta difícil delimitar unos patrones de dedicación recomendable con carácter general, pero es cierto que la reforma ha avanzado hacia una cierta profesionalización del cargo de administrador¹¹⁶.

Y en segundo término, la adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad supone un deber de prudencia o de vigilancia, como por ejemplo conocer las políticas y estrategias generales de la sociedad o establecer sistemas de control de la remuneración, todo ello directamente relacionado con criterios de buen gobierno. Los administradores serán los responsables de determinar las políticas precisas de dirección y ejercer la función de control o supervisión de la sociedad en su conjunto, aunque el cumplimiento de este deber dependerá del modo en que se

¹¹⁵ Compartimos la opinión de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 899-902, sobre la definición de la diligencia. Para ello, se tienen en cuenta las mismas circunstancias (modos de administración, naturaleza del cargo y funciones atribuidas) que en otras áreas del régimen de los administradores como son el nombramiento, la retribución o la responsabilidad.

¹¹⁶ El Código Unificado de buen gobierno de 2006 contenía en la recomendación núm. 26, la dedicación necesaria para desempeñar la función de administrador. El nuevo Código de buen gobierno de 2015, en su principio núm. 13, recomienda la dedicación suficiente de los consejeros (administradores) en la misma línea, “para el eficaz desarrollo de sus funciones y para conocer el negocio de la sociedad y las reglas de gobierno que la rigen, participando en los programas de orientación y actualización que organice la sociedad”. Este principio general y anterior recomendación ha sido recogido por la LSC de 2014 en su art. 225.2, que establece que “los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”.

estructura la administración de la sociedad. De esta manera, la diligencia obliga a supervisar las personas con facultades delegadas (consejero delegado, para el caso de consejo de administración) y personal directivo (jefe de administración, en todos los modos de administración), en cumplimiento de los objetivos marcados y en interés de la sociedad.

Por otro lado, a tenor de la nueva redacción del art. 225.3 de la LSC de 2014 se destaca el deber de informarse, mantenido con la nueva reforma, y el derecho de recabar la información adecuada y necesaria para ejercer el cargo de administrador y cumplir con sus obligaciones¹¹⁷. En este caso, se promueve la participación activa de los administradores obligándoles a informarse sobre la marcha de la sociedad y permitiéndoles el acceso a la información necesaria (documentación, datos y hechos relacionados con la actividad u operación concreta) para el ejercicio del cargo de forma diligente. La sociedad estará obligada a proporcionarle la información necesaria y adecuada, de tal forma que adquiera un conocimiento previo para el desarrollo de la actividad y buen gobierno de la sociedad. El administrador tiene un deber de informarse que se convierte en un derecho que tiene con respecto a la sociedad, y una vez exigido (ese derecho) se transforma en un deber de informar para la sociedad. Tal deber y derecho corresponde a todos y cada uno de los administradores, al margen de la estructura del órgano de administración, a pesar de que el modo de organizar la administración afecta al cumplimiento del deber o al ejercicio del derecho a la información. En un consejo de administración la información de sus consejeros contribuye al desempeño de las funciones propias frente al caso de un administrador único no bien informado que afecta a la gestión de la sociedad; o bien, respecto al acceso a la información tiene mayor complejidad en un consejo de administración que en una estructura simple de administración. Lo importante es que los administradores tengan en todo momento información sobre el devenir de la sociedad para tomar

¹¹⁷ El nuevo redactado del art. 225 incluye un apartado tres para el ejercicio del cargo de administrador, exigiendo un deber y un derecho al acceso a la información necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. El anterior art. 225.2 de la LSC de 2010 sólo establecía un deber de informarse, así que “cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad”. El nuevo art. 225.3 de la LSC de 2014 dispone no sólo un deber sino un derecho a la información, de modo que “en el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

El art. 225.3 de la LSC de 2014 ha recogido expresamente el derecho a recabar información de los administradores que se encontraba en la recomendación núm. 23 del Código Unificado de buen gobierno de 2006 y en el principio general núm. 15 del nuevo Código de buen gobierno de 2015.

cualquier decisión y adoptar las medidas oportunas. El deber de informarse, que incluye un derecho individual del administrador de recabar la información de datos, documentos y hechos concretos, está relacionado con la concreción de la información adecuada y necesaria que le sirva para el ejercicio de sus obligaciones y que tiene exclusivamente un aspecto material (por ejemplo, varía la necesidad de información para la celebración de un contrato comercial que para la aprobación de las cuentas anuales, mayor ésta última). Por lo que respecta a la determinación de la información adecuada y necesaria podemos establecer tres deberes implícitos y, a su vez, relacionados directamente con el deber general de diligencia de todo administrador:

- El deber de informarse. En este sentido, el grado de información (datos, documentos y hechos concretos) se ponderará según el tiempo para la toma de la decisión (y su trascendencia) y el tiempo y los costes de obtención de la información (incluida la información adicional);
- El deber de investigar. El grado de información se valorará en función del volumen y la calidad de la información obtenida;
- El deber de vigilar. Los administradores deben vigilar el grado de información obtenido, requerir a las personas que conozcan de la marcha de la sociedad y tomar las medidas necesarias para mantenerse al corriente de la información.

Por lo tanto, cuánto mayor información (y adecuada sea ésta) sobre la sociedad dispongan los administradores, tanto mayor será la diligencia en sus actuaciones sociales/empresariales. Así, el deber y el derecho de informarse adecuadamente sobre la sociedad precisa conocer y tener al alcance todo lo necesario para conformar una actuación diligente. Consideramos acertada la nueva redacción del deber general de diligencia para garantizar un buen gobierno de la sociedad y un mayor avance hacia la profesionalidad del cargo de administrador. Resaltamos la reforma del deber de informarse haciendo hincapié en lo importante que es no sólo el deber de exigir la información, sino el derecho a obtenerla. La información es poder y el administrador adecuadamente informado controlará la gestión de la sociedad. En la Resolución de 4 de mayo de 2005 la DGRN ha declarado que “Si en relación con todas esas actuaciones los administradores han de actuar con la diligencia de un ordenado empresario (...) difícilmente puede exigírseles que se atengan a ese mandato legal si se les hurta la

posibilidad de consultar la documentación social y tomar, en base a la misma, las decisiones más adecuadas”¹¹⁸.

La casuística respecto a la valoración del deber general de diligencia del administrador ha dado lugar a diferentes pronunciamientos judiciales, atendiendo a las distintas circunstancias para cada caso concreto. Así, la falta de diligencia de los administradores, por un lado, en la formulación y depósito de las cuentas anuales; y por otro lado, por la falta de deber de convocatoria para tratar el acuerdo de disolución de la sociedad, son unos ejemplos destacables que han supuesto numerosa jurisprudencia. La SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2003 (FFJJ 3º y 6º) trata el deber de diligencia de un ordenado empresario (norma general de conducta), de modo que el administrador debe vigilar la llevanza de una contabilidad regular en la sociedad, siendo un deber específico que las cuentas anuales cumplan con las finalidades previstas por la LSC (arts. 253 y 254) y su depósito en el RM (art. 279 de la LSC). Por su parte, la SAP de Sevilla de 30 de noviembre de 2005 (FJ único) alude al deber del administrador entrante de poner remedio, en la medida de lo posible, a la falta de diligencia de los administradores salientes. También, la SAP de Zaragoza de 9 de marzo de 2012 (FFJJ 2º y 3º); y la SAP de Madrid de 14 de junio de 2012 (FJ 4º) sobre administradores sociales, la responsabilidad solidaria en la deuda, la aportación de facturas, el hecho de no depositar las cuentas, y la responsabilidad por dejar sin actividad la sociedad sin proceder a su disolución ordenada¹¹⁹.

¹¹⁸ La RDGRN de 4 de mayo de 2005 rechaza inscribir la cláusula de los estatutos que permite al órgano de administración, por mayoría cualificada, suprimir el derecho de acceso a la documentación social que corresponde a los administradores para el ejercicio de sus funciones. En este punto, señala que “La combinación de las normas que regulan las facultades y deberes de los administradores sociales con las que determinan su responsabilidad en el ejercicio del cargo parecen excluir la posibilidad de una restricción como la que se contempla”.

¹¹⁹ Igualmente, el TS se ha referido entre otras en las SSTS de 23 de septiembre de 2002 (FJ 3º), sobre la calificación de negligente por falta de depósito de las cuentas de la sociedad; de 10 de junio de 2005 (FJ 3º) sobre la conducta del administrador al ocultar datos financieros ante la concesión de préstamo a la sociedad; de 22 de marzo de 2006 (FJ 4º) dónde el administrador no resuelve con la diligencia debida el saneamiento económico de la sociedad; de 3 de octubre de 2008 (FJ 2º) alude a que “sin que el hecho de que la sociedad cesara en su actividad económica dispensara al administrador de sus obligaciones de promover la disolución ordenada de la sociedad.” y de 4 de diciembre de 2008 (FJ 3º) sobre la falta de diligencia del administrador ante los acreedores sociales.

Si revisamos la jurisprudencia menor tenemos más ejemplos de evaluación del valor de diligente administración. En la SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2010 (FJ 3º) concluye con respecto a la demanda de conducta negligente del administrador que “se confunde el incumplimiento contractual por parte de quién está obligada al cumplimiento (la sociedad) y el cumplimiento de la diligencia y deberes legales exigibles al administrador”; en la SAP de Oviedo de 30 de diciembre de 2011 (FJ 9º) plantea la poca diligencia necesaria para el cumplimiento de los deberes tributarios; en la SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2013 (FJ 3ª) resuelve la actuación no diligente exigible al ordenado administrador al

Concluimos afirmando que la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo ha incorporado una regulación expresa del deber general de diligencia al que debe optar un ordenado empresario como nunca antes se había hecho, a tenor de la situación económica y de los escándalos societarios y financieros. Pero, aún falta mucho camino por recorrer, criticamos que la diligencia exigible no es igual para toda clase de sociedades, variables como el tamaño, el volumen de negocios, el sector de actividad dónde se desarrolla o la complejidad de la estructura administrativa interna, por poner algunos ejemplos, influyen en una mayor exigibilidad, de *lege ferenda*, en el deber general de diligencia.

5.3.1.1.- La discrecionalidad empresarial.

El administrador debe ejercer el cargo y sus funciones en cumplimiento con la Ley, los estatutos y con la diligencia que le es exigible. A estos efectos, la actuación del administrador (gestión de la sociedad) comporta una gran discrecionalidad en la toma de decisiones estratégicas y de negocio siempre cargadas de riesgo y responsabilidad. Tales decisiones pueden ser acertadas o no, pero los posibles errores en la adopción de las decisiones empresariales no pueden acarrear siempre responsabilidades frente a la sociedad o a los socios por los daños causados motivados por aquellas decisiones. Al administrador se le exige un deber de medios y no de resultados. O dicho de otra manera, el administrador que actúa en el desempeño de su cargo con la diligencia debida no puede prever el resultado de sus actos. Por lo que, no puede considerarse responsable por los perjuicios causados en la toma de decisiones empresariales, si su actuación ha seguido los parámetros de diligencia de un “ordenado empresario”. *Ergo* se trata de proteger la discrecionalidad empresarial bajo ciertos requisitos y ello con independencia de que las decisiones hayan sido erróneas o no. En este sentido, es lo que pretende el nuevo redactado de manera acertada del art. 226 de la LSC de 2014 con la protección de la discrecionalidad empresarial, la denominada “*business judgment rule*”

enfrentarse a una situación de crisis empresarial; y en la SAP de Sevilla de 26 de marzo de 2014 (FJ 3º) destaca como la doctrina científica trata el carácter individual del deber/derecho de información que ostentan los administradores, con independencia del modo del órgano de administración (único, administradores solidario o mancomunados o consejo de administración).

o regla de juicio empresarial¹²⁰. Encontramos atinada esta regla ya que los administradores de la sociedad no pueden ser víctimas de su fracaso empresarial para la reclamación de daños por ello, debe existir una discrecionalidad empresarial en la toma de sus decisiones. Los jueces no pueden entrar a valorar el acierto o no de su decisión, sino deben cuestionar cómo se ha tomado la concreta decisión.

La mayor regulación de los deberes y las responsabilidades de los administradores no debe influir en la asunción de riesgos que toda decisión empresarial lleva implícita, así como en la adopción de proyectos innovadores que también son arriesgados. De ahí la necesidad de proteger la discrecionalidad empresarial de un diligente administrador y su incorporación al Derecho de sociedades a través de mencionado art. 226 de la LSC de 2014¹²¹. Veamos a continuación como esta norma desarrolla las reglas de actuación en las decisiones empresariales para dotarlas de una mayor seguridad.

¹²⁰ La protección de la discrecionalidad empresarial ya venía referida en el informe Aldama (8 de enero de 2003), para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, de manera que “el régimen de responsabilidad de los administradores debe tratar con el debido rigor la infracción de los deberes de lealtad, sin menoscabo del tratamiento adecuado del deber de diligencia. Por su parte, las exigencias derivadas del deber de diligencia –obtención de información, dedicación, participación en la formación colegiada del criterio– no deberían eliminar el ámbito de discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales propias de la administración de la sociedad” (apartado III. 2.1).

Y, en esto consiste la *business judgment rule* (término adoptado de la jurisprudencia norteamericana sobre los criterios de revisión de la conducta de los administradores), bajo ciertos requisitos exigibles de diligencia, las decisiones empresariales (erróneas o no) de los administradores no derivarán responsabilidades por los daños causados como consecuencia de tales decisiones, de ahí que se evite el alcance judicial en esta materia. Se protege la discrecionalidad empresarial fuera de toda valoración negligente, pero siempre bajo los parámetros de una diligente administración.

La jurisprudencia menor española se ha manifestado en más de una ocasión sobre la gestión empresarial, no haciendo responsable al administrador de la sociedad en la toma de sus decisiones que conllevan el llamado “riesgo empresa”, siempre y cuando se haya mantenido una diligencia exigible de un ordenado empresario. En cierto sentido, estos pronunciamientos judiciales tendrían su parecido con la aplicación de la regla de juicio empresarial. Véase, entre otras, la SAP de Madrid de 28 de octubre de 2011 (FJ 4º) argumentando que “los administradores deben responder no del fracaso de su gestión, sino de la adopción de aquellas medidas que un ordenado empresario no habría adoptado en el planteamiento y en la ejecución de un determinado negocio, en el bien entendido de que no existe una relación absoluta entre la adopción de las decisiones adecuadas y el éxito de la empresa, el cual reviste un carácter eminentemente contingente”; la SAP de Bilbao de 30 de diciembre de 2013 (FJ 3º) sobre la no responsabilidad de los administradores ante los acreedores causada por una decisión empresarial; y, la SAP de Madrid de 9 de diciembre de 2014 (FJ 5º) donde la falta de información y asesoramiento financiero y, por tanto, conducta no diligente del administrador, le comporta responsabilidades frente a su decisión empresarial, en este caso.

¹²¹ La LSC de 2014 introduce la protección del diligente administrador en la toma de sus decisiones empresariales a través del art. 226, cuya redacción queda como sigue: “1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

El citado precepto presupone el estándar de diligencia de un ordenado empresario, en ciertas condiciones (que más abajo se detallan): principio general que todo administrador debe seguir en su función como tal. Conviene aclarar que la regla del juicio empresarial tiene su aplicación en cuanto a la responsabilidad por conducta diligente o no, y en ningún caso se refiere al comportamiento leal o desleal, que entonces acarrearía responsabilidades por ese comportamiento. Como hemos comentado, las decisiones del administrador no pueden prever su resultado, por eso, las actuaciones diligentes de aquél, aún siendo equivocada la decisión adoptada, deben quedar protegidas y no responsabilizarlos de las consecuencias de las decisiones estratégicas y de negocio. A través de este art. 226 de la LSC de 2014, las mencionadas decisiones quedan sujetas a la discrecionalidad empresarial y se delimita el deber genérico de diligencia de un ordenado empresario¹²². En el ámbito de las decisiones empresariales, el estándar de diligencia exigible se entiende cumplido, sin admitir prueba en contrario, *iuris et de iure*, cuando el administrador¹²³:

- haya actuado de buena fe;
- sin interés personal en el asunto objeto de decisión;
- con información suficiente; y
- con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Con arreglo a estas condiciones, la regla de juicio empresarial tiene su ámbito en las decisiones estratégicas y de negocio tomadas por el administrador, dentro de su actividad de gestión social. Por una parte, el administrador actúa de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión. Cabe mencionar que estas dos condiciones nos acercan al deber de lealtad (que trataremos en el siguiente apartado), lo que significa que se protege la actuación del administrador obrando de buena fe y en interés de la sociedad y no el comportamiento desleal (por ejemplo, conflicto de interés

2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de la discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.”

¹²² Coincidimos con MEMBRADO HERRERA, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores” en JORDÁ GARCÍA, R Y NAVARRO MATAMOROS, L., *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Ed. Dykinson, Madrid 2015, pp. 117 y 118.

¹²³ Las condiciones para la discrecionalidad empresarial, sin admitir prueba en contrario, vienen recogidas en la nueva redacción del apartado 1 del art. 226 de la LSC de 2014.

sociedad-administrador en la toma de decisión concreta o una decisión caprichosa que atenta contra la buena fe).

Por otra parte, resulta necesario que el administrador tome la decisión empresarial con la información suficiente (por ejemplo, los informes de expertos contables) y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (por ejemplo, el estudio de diversas posibilidades en la toma de decisión y su incidencia en la sociedad). Es imprescindible que el administrador se haya informado suficientemente (recordemos la diligencia exigible en cuanto al deber y el derecho de informarse que proclama el art. 225.3 de la LSC de 2014), ya que lo que se valora es la actuación en los métodos de análisis y obtención de la información necesaria, al margen del resultado de la decisión tomada. O dicho de otra forma, la discrecionalidad empresarial en la actuación del administrador alcanza más al procedimiento seguido que al contenido de la decisión empresarial.

Entonces, como se puede apreciar, la discrecionalidad no protege el incumplimiento de las leyes y los estatutos. La regla de juicio empresarial requiere que no sólo el procedimiento para la toma de decisión, sino la decisión del administrador sea conforme a las leyes y a los estatutos¹²⁴.

En todo caso, la discrecionalidad empresarial se extenderá a las decisiones sobre temas comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos de la sociedad. Pero, criticamos la falta de precisión y claridad del art. 226 de la LSC de 2014, en la regulación de la protección de la discrecionalidad empresarial, ya que entendemos que no todas las decisiones del administrador deberían estar protegidas por la norma. El administrador dentro de sus facultades tomará decisiones estratégicas y de negocio y no siempre sus actuaciones podrán ser incluidas dentro del ámbito de la discrecionalidad empresarial (por ejemplo, la apertura de una planta de producción o una corporativa de acuerdo comercial de inversión conjunta). En la expresión “decisiones estratégicas y de negocio” apreciamos inseguridad jurídica, pues no queda claro si la discrecionalidad

¹²⁴ El deber de diligencia viene expresado en la reforma de la LSC de 2014 como ya hemos comentado. En cierta manera, la protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226) del administrador se justifica con el cumplimiento de los deberes de diligencia de un ordenado empresario (art. 225) y de lealtad en la sociedad (art. 227).

empresarial se refiere a todas las decisiones de ese carácter o sólo algunas de ellas quedan protegidas por la norma¹²⁵.

Ahora bien, el apartado 2 del art. 226 de la LSC de 2014 deja fuera del ámbito de discrecionalidad empresarial las decisiones adoptadas por el administrador que afecten personalmente a otros administradores y a personas vinculadas a ellos¹²⁶. Y, en particular, la regla de protección empresarial no se aplicará a las decisiones del administrador que autoricen operaciones en situación de conflicto de interés previstas en el art. 230 de la LSC de 2014, que estudiaremos más adelante en el apartado 5.3.3¹²⁷.

Finalmente la no aplicación de la protección discrecionalidad empresarial o regla de juicio empresarial no significa que el administrador sea responsable por los perjuicios causados en la toma de decisiones empresariales. En sede judicial se analizará la concreta actuación y conducta del administrador para determinar si se ajustó o no a los parámetros de diligencia exigible de un ordenado empresario y, en su caso, se exigirá la responsabilidad por conducta negligente.

Por lo tanto, podemos concluir que la incorporación de la protección de la discrecionalidad empresarial a la LSC de 2014 favorece el ejercicio del cargo de administrador y la toma de decisiones de éste. El administrador puede equivocarse sin tener que asumir responsabilidades por el daño causado, excepto si hay mala fe o la búsqueda de interés personal.

¹²⁵ La protección de la discrecionalidad empresarial recogida en el art. 226 de la LSC de 2014 no concreta cuando se cumple la diligencia exigida. Los términos utilizados como “suficiente” (para la información) y “adecuado” (para el procedimiento de decisión) no son los más adecuados para precisar el estándar de diligencia exigido. De igual modo, MEMBRADO HERRERA, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, ob. cit., pp. 117 y 118. La citada autora critica la ambigüedad de las expresiones utilizadas de forma que deja en el aire cuando existirá la diligencia exigida. Así, aboga por que la sociedad a través de sus normas internas delimite estos conceptos tan difusos y, a su vez, distinga qué decisiones estratégicas y de negocio quedan dentro del ámbito de protección de la discrecionalidad empresarial.

¹²⁶ Por lo que respecta a las personas vinculadas a los administradores, estaremos a lo dispuesto en el art. 231 de la LSC de 2010, que no ha sufrido variación alguna con la reforma de la LSC de 2014.

¹²⁷ Nótese que la protección de la discrecionalidad empresarial no incluye a las decisiones que afectan a intereses de otros miembros del órgano de administración o de personas vinculadas con éstos, ni mucho menos a la dispensa de las prohibiciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Un administrador puede participar en una decisión que no le afecta personalmente por tratarse de otro miembro del órgano de administración, pero puede ocasionar diferencias entre los intereses de la sociedad y de los administradores, por ejemplo, un acuerdo sobre fijación de retribuciones.

5.3.2.- El deber de lealtad.

El desempeño del cargo de administrador comporta el deber de lealtad a la sociedad, y esto implica anteponer el interés de la sociedad a cualquier otro de carácter personal (este deber se encuentra recogido en el art. 227 de la LSC de 2014¹²⁸). En este sentido, el administrador habrá de actuar “con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”¹²⁹. Nos referimos, también, a un modelo de conducta: los administradores deben desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante. El deber de lealtad se exige al administrador cualquiera que sea el modo de organizar el órgano de administración y con independencia de la naturaleza del cargo y de las funciones atribuidas.

El deber de lealtad surge, pues, en defensa del interés de la sociedad, lo que significa que el administrador (en sus funciones del cargo) gestiona intereses ajenos y debe velar por los intereses de aquella. Entendemos que el interés social debe anteponerse a los suyos propios (del administrador) y a los de terceros vinculados o no a la sociedad¹³⁰. Sin embargo, conviene que aclaremos qué se entiende por interés de la sociedad; la LSC de 2010 proponía el “interés social” entendido como “interés de la sociedad” pero no resolvió su correcto significado y la falta de definición legal de tal concepto indeterminado motivó su interpretación por parte de la jurisprudencia¹³¹.

¹²⁸ La reforma de la LSC de 2014 ha dispuesto una nueva redacción del deber de lealtad. El nuevo art. 227 (anterior 226 de la LSC de 2010) contempla, al igual que ya hace el actual art. 226 sobre la discrecionalidad empresarial (que ya hemos comentado), la necesidad de defender el interés de la sociedad, y las consecuencias derivadas de la infracción del deber de lealtad.

El anterior art. 226 de la LSC de 2010 recogía la formulación general del deber de lealtad: “Los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos”. Con anterioridad al texto refundido, la LSA distinguía los deberes de fidelidad y de lealtad (arts. 127 bis y 127 ter, respectivamente). Tal distinción, a efectos prácticos, no era tal pues se aludía a los deberes de fidelidad o de lealtad de modo equivalente, es decir, como acepciones sinónimas. Ahora bien, *sensu stricto*, podemos entender el art. 127 bis como cláusula general, mientras que el art. 127 ter regula una casuística en relación a los deberes de fidelidad o de lealtad.

¹²⁹ El actual redactado del deber de lealtad sustituye de manera acertada la expresión de que los administradores deben ejercer el cargo “en defensa del interés social” por la de obrar “de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

¹³⁰ El legislador, con la reforma del 2014, previene el actuar del administrador en el mejor interés de la sociedad. La STS de 21 de julio de 2006, en su antecedente de hecho 4º, declara que “la lealtad, no es sino una manifestación del deber de actuar en defensa de la sociedad con la finalidad de conseguir el fin de la misma, siendo la falta de lealtad una violación de los deberes inherentes al cargo, debiendo anteponerse siempre el interés de la sociedad a los intereses propios, siendo expresión de la fidelidad debida la prohibición de competencia y la de realizar negocios incompatibles con los sociales”.

¹³¹ La jurisprudencia del TS venía identificando el interés social con el interés común de todos los socios. Así, en la STS de 19 de febrero de 1991 (FJ 2º) se trataba la impugnación de acuerdos sociales y afirmaba

Coincidimos con BROSETA PONT al referirse al interés social, si por tal concepto hemos de entender el interés común de los accionistas (o socios) o algo distinto, pues no queda aclarado lo suficiente en la regulación del deber de lealtad¹³². No obstante, lo que parece significativo es que el deber de lealtad que se exige al administrador impone una fidelidad a los intereses de la sociedad. Con la reforma de la LSC de 2014, el deber de lealtad obliga al administrador a actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad que administra. Por tanto, el interés común de todos los socios y el de la sociedad deberían coincidir entre sí. El interés de la sociedad responde a las decisiones de los socios a lo largo de la vida de la sociedad, mientras que el interés individual de los socios ha de buscar el bien común de la sociedad más allá de intereses personales.

De esta manera, a nuestro entender, la referencia a la lealtad “en el mejor interés de la sociedad” implica al conjunto de intereses de la empresa (sociedad) como, por ejemplo, los accionistas, los clientes, los acreedores o los empleados, más que la búsqueda del interés exclusivo de los socios o accionistas.

El apartado segundo del art. 227 de la LSC de 2014 incorpora de manera conveniente una novedad relativa al alcance de la responsabilidad por la infracción del deber de lealtad. Se amplía la responsabilidad (del administrador) de modo que, además de indemnizar a la sociedad por el daño causado al patrimonio social, también debe restituir el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador desleal¹³³.

La regulación del deber de lealtad es de carácter imperativo, no serán válidas las disposiciones estatutarias que puedan limitarlo o resultar contrarias al mismo. Sin embargo, las prohibiciones en conducta no son absolutas, atendiendo a la naturaleza de

que “el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social” (teoría contractualista). Tal teoría en oposición al concepto de interés social como interés de la sociedad (teoría institucionalista). En la misma línea de argumentación, entre otras, las SSTS de 4 de marzo de 2000 (FJ 4º); de 12 de julio de 2002 (FJ 5º); y de 18 de noviembre de 2002 (FJ 1º).

¹³² BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit. p. 498. Para VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., p. 774, “el deber de lealtad afecta esencialmente a la justa distribución de los beneficios”. De este modo, comprobamos como el deber de lealtad implica una defensa del interés societario frente al interés personalista del partícipe o accionista de la sociedad.

¹³³ El art. 227.2 de la LSC de 2014 introduce el concepto de “enriquecimiento injusto” obtenido por el administrador, como novedad acertada y oportuna al respecto. Por tanto, la infracción del deber de lealtad “determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”.

los intereses que se intentan defender pueden relativizarse las prohibiciones mediante un sistema de dispensa, como veremos más adelante en el punto 5.3.3 sobre régimen de imperatividad y dispensa al deber de lealtad¹³⁴. Por esto, resulta cuanto menos necesario formalizar las conductas que integran el deber de lealtad¹³⁵.

Además, en el marco del deber de lealtad al que ha de someterse el administrador de una sociedad, han de sumarse una serie de consideraciones para prevenir el conflicto de intereses. Como ya hemos comentado con anterioridad, el administrador debe ejercer el cargo encomendado como un fiel (leal) representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad; y, desde esa posición, el administrador puede tener conflicto entre sus intereses particulares (o de personas vinculadas) con los intereses de la sociedad. *Ergo* resulta preciso regular concretas situaciones de conflicto de intereses¹³⁶.

Así pues, el deber de lealtad (y el de diligencia) está contenido en toda relación mercantil (o laboral) entre los administradores y la sociedad. Precisamente, la lealtad impone una conducta de respeto al interés de la sociedad y, por lo tanto, la abstención a todo beneficio personal en detrimento de la sociedad¹³⁷.

¹³⁴ El nuevo art. 230 de la LSC de 2014 se refiere al régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad, que trataremos dentro de este mismo capítulo.

¹³⁵ La LSC de 2014 modifica el contenido del art. 228 que contiene las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, de un modo meramente enunciativo y no limitativo.

¹³⁶ El cargo de administrador de una sociedad otorga, a la persona (física o jurídica) que lo desempeña, una situación de privilegio en el manejo de la información y de oportunidades de negocio, por poner algún ejemplo. De este modo, los intereses particulares como proyección económica, empresarial o comercial afloran en detrimento de los intereses de la sociedad que administra. Uno de los supuestos que la práctica ha identificado es la preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio, por parte del administrador, mientras lo era, para después de cesado ejecutar el plan concebido (véase la STS de 5 de diciembre de 2008 (FFJJ 2º y 3º). Otro de los supuestos es la apropiación por quien fue administrador de la oportunidad de negocio que pertenecía a la sociedad (véase la STS de 3 de septiembre de 2012 (FJ 3º). El legislador pretende evitar situaciones de conflicto de interés prevaleciendo el interés de la sociedad. En relación con este conflicto de intereses, SÁNCHEZ CALERO, F.: “Administradores”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Ed. Edersa, Madrid 1994, p. 106, señala que “la Ley, al referirse a que el administrador debe desempeñar su cargo como representante leal quiere poner el acento de la pretensión de que cuide los intereses de la sociedad con fidelidad, lo que implica que ha de responder a la confianza que en él se deposita y que ha de procurar una exactitud en el cumplimiento de la obligación de gestionar la sociedad.”

De igual manera, la LSC de 2014 modifica el contenido del art. 229 con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés para el administrador. Los arts. 228 y 229 de la LSC de 2014 completan la casuística del deber general de lealtad, con la finalidad de establecer las conductas básicas inherentes a este deber y evitar situaciones de conflicto con la sociedad, operando en el mejor interés de ésta.

¹³⁷ Resulta muy elocuente la SAN de 14 de abril de 2005 (FJ 4º), dónde describe muy didácticamente el incumplimiento del deber de lealtad. Así, señala que “el deber de lealtad se quebranta incumpliendo alguno de estos tres principios de actuación:

- a) El deber de transparencia.
- b) La observancia de un procedimiento que elimine los abusos en los conflictos de intereses.

Podemos comentar, sin miedo a equivocarnos, que el deber de lealtad adquiere mayor relevancia atendiendo a dos variables de gran calado: la remuneración del administrador y la dimensión de la sociedad. La retribución del administrador incentivará el cuidado del interés de la sociedad y la implicación en la gestión social, en aras a una mayor exigencia de lealtad. Por su parte, las grandes sociedades (cotizadas o no) han determinado códigos o normas de conducta para reforzar los deberes de los administradores, ya que resulta difícil controlar a los administradores por la Junta General. En estas sociedades la cantidad de operaciones económicas y de negocios pueden originar situaciones de competencia directa (o indirecta) y la oportunidad de negocios para los administradores¹³⁸.

El deber de lealtad exige al administrador una serie de obligaciones con la intención de definir las conductas inherentes que lo integran. A continuación, trataremos cuáles son esas obligaciones derivadas del deber de lealtad y, en particular, la de evitar situaciones de conflicto de interés, para posteriormente analizar el régimen de exenciones.

5.3.2.1.- Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

La LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo, a nuestro entender, ha regulado de forma concreta el deber de lealtad relacionando una serie de conductas que deben integrar este deber. Así, la nueva redacción del art. 228 contiene las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad y podríamos decir que se trata de un decálogo de

c) La inobservancia de la equidad en la actuación del administrador”.

¹³⁸ En la STS de 4 de marzo de 2000 (FJ 4º) se fundamenta la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de terceras personas o accionistas y suscribe que “para que un acuerdo sea impugnabile es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios)”; y la STS de 10 de febrero de 2012 (FJ 2º) señala que “la necesidad de evitar que, mediante fórmulas excesivamente flexibles se potencie el fraude a la sociedad y se dificulte el control de la regularidad de las retribuciones ya que, aunque en nuestro sistema no se exige razonabilidad ni proporcionalidad, las retribuciones pudieran ser contrarias a los intereses sociales”. En la SAP de Madrid de 2 de diciembre de 2011 (FJ 5º) se valora la necesidad de controlar, por los socios, lo que perciben los administradores de la sociedad, es decir, la política retributiva de los administradores; en la SAP de Barcelona de 20 de marzo de 2013 (FFJJ 7º y 8º), caso obra musical “Grease”, se faltó al deber de lealtad al interés de una sociedad por parte del consejero delegado, anteponiendo el interés de otra sociedad controlada por el citado consejero desviando una importante cantidad de dinero; y en la SAP de Granada de 8 de noviembre de 2013 (FJ 2º) se trata las llamadas “remuneraciones tóxicas”, así denominadas a las retribuciones (de los administradores de las sociedades) contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone el deber de lealtad societario y la moral.

conducta para el administrador, de manera enunciativa y no limitativa. Son unas exigencias básicas inherentes al deber de lealtad, al modo de *numerus apertus*, dado que los estatutos sociales podrán completar las obligaciones que se derivan del deber de lealtad. Comentemos seguidamente tales obligaciones derivadas del deber de lealtad de manera sucinta, para luego detenernos en el último apartado sobre el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, que viene desarrollado muy acertadamente de manera separada en el art. 229 en su nueva redacción por la LSC de 2014. Recordemos que a los efectos del deber de lealtad (al igual que en el deber de diligencia) las personas vinculadas a los administradores de la sociedad vienen definidas expresamente en el art. 231, que no ha sufrido variación con la reforma¹³⁹. Así, el deber de lealtad obliga al administrador a las siguientes actuaciones¹⁴⁰:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

La nueva redacción del art. 228 de la LSC de 2014 sobre obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en su apartado a), impide al administrador desempeñar sus facultades con fines diferentes de aquéllos para los que le han sido concedidas. Esta exigencia tiene su correlación con el art. 225 de la LSC de 2014 dónde el deber de

¹³⁹ Las personas vinculadas a los administradores vienen definidas, a los efectos de las prohibiciones establecidas en la LSC, en el art. 231. Si bien tiene su origen en la ya mencionada Ley de Transparencia del año 2003 (reforma de la entonces LSA), la LSC recoge, en el citado art. 231, en dos apartados las personas vinculadas a los administradores, con respecto de los administradores personas físicas, en el primero de ellos, mientras que de las personas vinculadas al administrador persona jurídica en su segundo punto. El mencionado precepto no sólo se refiere al administrador de derecho, sino que se extiende al administrador de hecho, como consecuencia de la Ley de Transparencia (véase punto 5.1.5. del trabajo dónde se ha tratado este concepto).

¹⁴⁰ La LSC de 2014 para garantizar el buen gobierno de las sociedades modifica el texto refundido de la LSC de 2010. En el anterior contexto (2010), se definía el deber general de lealtad en el art. 226 y en los preceptos siguientes se establecía la casuística sobre las prohibiciones de obligado cumplimiento por el administrador, como: la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador; la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio; la abstención en situaciones de conflicto de intereses; la prohibición de competencia; y el deber de secreto. No compartimos el poco tratamiento que se daba al deber de lealtad, poca previsión y normativa desarticulada de la LSC de 2010, siendo este deber uno de los pilares del gobierno corporativo de las sociedades.

El nuevo texto legal de 2014 tipifica las conductas que integran el deber de lealtad, dónde tienen cabida las prohibiciones del texto anterior, pero de forma más precisa, concreta y mejor articulada. Se enumeran las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés y su régimen de imperatividad y dispensa de las prohibiciones (obligaciones).

Apunta con acierto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, ob. cit. p. 904, que un comportamiento leal obliga al administrador a dos tipos de conducta: positivas, un hacer de acuerdo con criterios de lo que se considera una actuación correcta o conforme a las normas previstas; y negativas o abstencionistas.

diligencia varía de acuerdo con la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores¹⁴¹. Las funciones encomendadas a los administradores serán específicas para cada uno de ellos y en función del órgano de administración de la sociedad (no es lo mismo las competencias dadas a un miembro de un consejo de administración que a un administrador solidario). De todas maneras, con independencia del modo en que se organice la administración de la sociedad, el administrador deberá ceñirse a las facultades recibidas dentro del ámbito y finalidad con que le fueron concedidas.

En nuestra opinión, la citada obligación cualifica la profesión de administrador y se comprueba el interés por la mejora de gobierno corporativo de las sociedades, es decir, una gestión adecuada y transparencia en sus funciones.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

El apartado b) del art. 228 de la LSC de 2014 atiende el deber de secreto aunque con una redacción más concisa y clara que la prevista en el anterior art. 232 de la LSC¹⁴². El

¹⁴¹ El deber general de diligencia se refiere a las funciones atribuidas a cada uno de ellos (administradores), véase el apartado 5.3.1. dónde ha sido tratado.

¹⁴² El anterior art. 232 de la LSC de 2010 establecía, en precepto específico, el deber de secreto de los administradores. En su apartado 1 disponía que “los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.” Además, de acuerdo con el texto de la norma el deber de secreto se refuerza, incluso después de cesar en el cargo.

Este deber fue ya reformado por la Ley de Transparencia del año 2003 (ya aludida con anterioridad), en los términos definidos en el art. 127 quáter de la LSA, imponiéndose expresamente a un deber de sigilo de la anterior LSA de 1989 (art. 127.2 y, asimismo, extendido a la LSRL en su art. 61.2). La citada Ley de Transparencia reza en su exposición de motivos que “se recogen aquellas recomendaciones cuyo más adecuado soporte se encuentra en una regulación normativa, como son las que se refieren a (...) la definición y régimen de los deberes de los administradores” y, por lo tanto, “formular iniciativas normativas sobre la base del fomento de la transparencia en la gestión de las empresas”. Por ello, se completó el régimen de los deberes de los administradores con la reforma del deber de secreto, en un precepto propio y separado.

El art. 228 b) de la LSC de 2014 incorpora el deber de secreto como una de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, manteniendo lo esencial de la anterior formulación del deber de secreto.

Compartimos con SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 216, que la lealtad del administrador a los intereses de la sociedad se sobrepone al deber individual al secreto, dado que este último tiene su fundamento en el deber de lealtad.

deber de secreto representa uno de los deberes básicos de la lealtad que se le exige al administrador en el desempeño de su cargo. Su fundamento consiste en la obligación de guardar secreto de las informaciones que haya conocido en el desempeño de su cargo, incluso después de cesar como administrador de la sociedad.

Este deber tiene su vinculación con el acceso a la información, datos, informes o antecedentes que ostenta todo administrador por razón de su cargo. La obligación de secreto por las informaciones que se manejan en el ámbito societario son de suma importancia y, por lo tanto, la sociedad debe protegerse frente perjuicios de terceros y de sus propios administradores por el acceso (necesario y obligado, en los términos del ya explicado art. 225.3 de la LSC de 2014) a las informaciones de la sociedad. Es aquí dónde cobra protagonismo la obligación de guardar reserva sobre las informaciones conocidas. Un deber que regula las informaciones (por ejemplo, información reservada sobre una operación financiera o secretos empresariales sobre un proceso de elaboración de un producto determinado) que son conocidas por razón del cargo de administrador y que pueden resultar perjudiciales por su comunicación a terceros. En consecuencia, el administrador debe guardar secreto en defensa del interés de la sociedad y en un ejercicio de lealtad hacia la sociedad administrada¹⁴³.

Coincidimos con GARCÍA-CHAMÓN CERVERA y SOLER PASCUAL en tres características que deben darse para que una información, dato, informe o antecedente sea motivo de deber de sigilo o secreto¹⁴⁴:

- El carácter confidencial de la información;

¹⁴³ Por consiguiente, el deber de guardar secreto queda implícitamente comprendido en el deber de diligencia exigido a un ordenado empresario y en el desempeño del cargo como un representante leal en defensa del interés de la sociedad. A tener en cuenta que se debe guardar secreto, y por lo tanto se extiende el deber, aún después de cesar el administrador en sus funciones.

La STS de 1 de diciembre de 1993 (FJ 3º) apunta que no es diligente administrador, ni representante leal, ni guarda confidencialidad alguna “quién se dedica a la peligrosa divulgación de las intimidades de la sociedad de cuyos órganos de dirección y administración forma parte”.

¹⁴⁴ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. y SOLER PASCUAL, L. A.: “Los deberes de los administradores”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, Tomo I, parte III, cap. VII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 786 a 791. En la misma línea de síntesis, la STS de 4 de octubre de 2011 (FJ 2º) realiza una valoración exhaustiva del deber de confidencialidad en las sociedades de capital. Así, los límites objetivos al deber de secreto, a falta de previsión específica sobre la confidencialidad de la información, puede afirmarse “como regla general la necesidad de discreción en el ejercicio de funciones de confianza, especialmente en los casos en los que la sociedad, (...) así lo impone mediante la suscripción de los llamados pactos de confidencialidad”.

- El conocimiento de la información como consecuencia del ejercicio del cargo de administrador;
- Las consecuencias perjudiciales de la divulgación de la información para el interés social.

En cuanto a la primera característica podemos decir que, desde un punto de vista objetivo, el deber de guardar secreto se limita a las informaciones de carácter confidencial y que la exigencia de confidencialidad supone la obligación de guardar reserva sobre esa información. Entonces, determinar la información confidencial constituye lo que es (deber de) guardar secreto. Y, son confidenciales las informaciones, datos, informes o antecedentes que se conozcan por el desempeño del cargo de administrador¹⁴⁵.

La información también será considerada confidencial si así lo ha decidido el órgano de administración de la sociedad; El acuerdo o decisión de este órgano puede calificar la concreta información de confidencial. Asimismo, la información puede adquirir el carácter de confidencialidad debido a la naturaleza de aquella (*ad exemplum* un informe comercial). *Ergo*, la naturaleza de la información y la defensa del interés de la sociedad establecen el alcance del deber de guardar secreto¹⁴⁶.

¹⁴⁵ La información por la que se debe guardar secreto es poco precisa. Así, podríamos referirnos a la información, datos, informes, proyectos o antecedentes que con el carácter de confidencial comprenden el secreto empresarial, en su conjunto, y el secreto comercial o industrial, en particular, por poner algún ejemplo. La LCD, en sus arts. 13 y 14, sobre violación de secretos e inducción a la infracción contractual, respectivamente, nos habla del secreto empresarial o industrial. Por lo tanto, podemos adelantar que el término secreto nos expresa el carácter confidencial de la información.

La doctrina viene a criticar la falta de precisión que denota el vocablo “confidencial”. Sobre ello GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. y SOLER PASCUAL, L. A.: “Los deberes de los administradores”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, ob. cit., p. 787, lo califican como “adjetivo propio de la naturaleza de todo secreto”, abogan que lo relevante está “en determinar qué es confidencial, qué es secreto” y aluden sobre este requisito a FARRANDO MIGUEL, I.: *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 104 y ss. Por su parte, CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J.: “*El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia. (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)*”, Revista de Sociedades, núm. 23, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 125, destaca la no identificación de los elementos de esa confidencialidad. Si bien lo justifica, afirmando que el deber de secreto comprende todo tipo de conocimientos adquiridos por el administrador con independencia de la forma y del momento temporal de esas informaciones.

¹⁴⁶ Como expresa la STS de 4 de octubre de 2011 (FJ 2º), el deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto, ni de reserva frente a todos, su alcance puede ser relativo según los destinatarios. El TS afirma que “el deber de confidencialidad debe enmarcarse dentro de la lealtad a la sociedad que puede exigir se desvelen informaciones cuya ocultación precisamente puede ser perjudicial para los intereses de la sociedad”. Por ejemplo, el derecho de información a los accionistas de una sociedad.

Respecto a la segunda característica, el deber de secreto incluirá todas las informaciones conocidas por el administrador, según GARCÍA-CHAMÓN CERVERA y SOLER PASCUAL, todos los conocimientos adquiridos por razón del cargo que se desempeña, ya sea en el ejercicio del mismo ya sea con ocasión del mismo¹⁴⁷. Y es acertado señalar que la reserva (o deber de secreto) de todos esos conocimientos tiene su relación directa con la confianza que tiene que existir hacia el administrador designado.

Los administradores sociales no divulgarán la información, datos o antecedentes a los que hayan tenido acceso, con independencia del modo que adopte el órgano de administración¹⁴⁸. La obligación del deber de secreto nace con el nombramiento y la aceptación del cargo de administrador de la sociedad y no se extingue, como hemos apuntado *supra*, con su cese¹⁴⁹.

Ahora bien, cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recae sobre la persona designada como representante; en este caso, el alcance del deber no es absoluto, pues el representante debe informar a la persona jurídica que es administrador¹⁵⁰. La persona representante realiza una función meramente representativa de la persona jurídica que tiene la condición de administrador y, a su vez, conoce *in natura* las informaciones de la sociedad. De esta manera, convendremos que la extensión del deber de guardar secreto se traslada a la misma persona jurídica que tiene el cargo de administrador, a la persona que la representa y a la(s) persona(s) que integran el órgano de administración de aquélla.

¹⁴⁷ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. y SOLER PASCUAL, L. A.: “Los deberes de los administradores”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, ob. cit., pp. 788 a 790.

¹⁴⁸ Para los modos concretos de organizar la administración de la sociedad, véase el punto 5.2.2. del presente capítulo.

¹⁴⁹ El deber de guardar secreto alcanza tanto a los administradores de derecho como a los de hecho y, por tanto, sometidos a los mismos deberes y responsabilidades. Para CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J.: “*El deber de secreto de los administradores a la luz...*”, ob. cit., pp. 135 y 136, el deber de secreto del administrador es independiente de la asunción de la representación de la sociedad, dado que la obligación de reserva se impone como consecuencia de la posición privilegiada que ocupa y con ello el conocimiento de las informaciones confidenciales de la sociedad.

¹⁵⁰ Con la entrada en vigor de la LSC de 2014 se clarifica que los deberes que se imponen a los administradores en el ejercicio de su cargo, de igual modo se exigen a la persona física designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de aquella (arts. 212 bis, de administrador persona jurídica, y 225 y ss, sobre los deberes de los administradores, de la LSC de 2014).

Y, por último, la tercera característica para que las informaciones, datos o informes obliguen a reserva (o deber de secreto) sobre las mismas es que puedan tener consecuencias perjudiciales para el interés de la sociedad si son divulgadas. La información confidencial sobre la que se guarda reserva es la relacionada con la sociedad, pero, también a las informaciones confidenciales de terceros se les exige el deber de guardar secreto siempre que produzcan consecuencias negativas para el interés de la sociedad.

La comunicación o difusión de las informaciones (propias de la sociedad o de terceros relacionados) que sean perjudiciales para el interés de la sociedad trae como consecuencia la infracción del deber de guardar secreto. La violación del deber de guardar secreto (como de los demás deberes) impuesto a los administradores constituye un presupuesto de responsabilidad del administrador¹⁵¹. A su vez, la vulneración del deber de secreto puede ser considerado como un acto de competencia desleal¹⁵² y, también, tener relevancia en el ámbito penal¹⁵³.

Como hemos apuntado, la norma legal prevé la extensión del deber de guardar secreto para los administradores que hayan cesado en el cargo. Por ello, este deber opera no sólo mientras se ejercen las funciones del cargo, sino también después de cesar en el desempeño de éstas. Entendemos, pues, que el administrador separado de sus funciones debe guardar secreto de esas informaciones de carácter confidencial de la sociedad

¹⁵¹ Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores se recogen en el reformado art. 236 de la LSC de 2014. La responsabilidad de los administradores presupone que han incumplido los deberes y las obligaciones inherentes al desempeño de su cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Por tanto, la responsabilidad recae sobre los actos realizados por los administradores como consecuencia del ejercicio de sus funciones si hubiesen actuado con dolo o culpa.

Conviene recordar que tradicionalmente el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad frente a los administradores es el de cuatro años establecido en el art. 949 del CCom., el *dies a quo* se contaba desde que por cualquier motivo se produjo el cese en el cargo. Todo ello venía como consecuencia de la STS de 20 de julio de 2001 (FJ 4º) que unificó el criterio en la doctrina jurisprudencial y fue confirmada en sentencias posteriores, entre las que se pueden citar las SSTS de 26 de octubre de 2004 (FJ 2º); de 22 de marzo de 2005 (FJ 5º); de 22 de diciembre de 2005 (FJ 2º) y de 9 de marzo de 2006 (FJ 4º).

La entrada en vigor de la LSC de 2014 incorpora al texto de la norma la regulación de la prescripción de las acciones de responsabilidad y su plazo de cuatro años, mediante un nuevo art. 241 bis, de modo que “la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”.

¹⁵² El art. 13.1 de la LCD considera “desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva”.

¹⁵³ Las incidencias penales en la revelación, difusión o cesión de secretos se reflejan, en especial, en los arts. 199.1 y 279 del CP.

administrada. Lo que significa que, como destaca SÁNCHEZ CALERO, la relación jurídica sociedad-administrador tiene efectos aún después de su cese como administrador¹⁵⁴.

Podemos afirmar que, en cualquiera de las circunstancias que se haya producido el cese del administrador, el deber de guardar secreto se impone sin límite de tiempo, es decir, el deber de guardar secreto se mantendrá, en tanto en cuanto, la información sea confidencial, tenga consecuencias negativas para el interés de la sociedad y hasta la disolución de la misma¹⁵⁵.

No obstante, el deber de guardar secreto que venimos comentado permite expresamente dos excepciones: cuando la ley lo permita y lo requiera¹⁵⁶. En el primero de los supuestos hace referencia a que las leyes permitan la comunicación o divulgación de la información societaria. De este modo el administrador puede o debe dar esa información dónde, recordemos, ya no operará el deber de reserva. Así, el derecho de información del socio (arts. 93, 196, 197, 272 y 287 de la LSC de 2014) al conocimiento de determinadas informaciones y datos de la sociedad impuestos por ley; la obligación de divulgar información sobre determinados acuerdos societarios (un aumento de capital social y la suscripción en el BORME, o la inscripción en el RM de las cuentas anuales); y, la cesión de información societaria a terceros conforme a la legislación (a la administración concursal o a los auditores), son algunos ejemplos de la posibilidad de compartir o facilitar la información permitida por la ley.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 220. O como bien aclara GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. y SOLER PASCUAL, L. A.: “Los deberes de los administradores”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, ob. cit., p. 792, “estamos ante obligaciones que nacen con el cargo aunque no se extinguen con el mismo”. No entendemos incluida en el deber de secreto la información que se pudiera obtener después del cese del cargo de administrador. Y esto es así, porque la información no se adquiere ni en el ejercicio del cargo ni con ocasión del mismo. De la misma forma se expresa la STS de 3 de septiembre de 2012 (FJ 3º), dónde argumenta que “el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad (...) determina que, (...) no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, (...) para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por (el principio de la) buena fe”. Como ejemplo, el Alto tribunal, alude a la preparación de la oportunidad de negocio mientras era administrador para, una vez cesado en el cargo, desarrolle un negocio en circunstancias contrarias al modelo de buena fe.

¹⁵⁵ El cese del administrador puede deberse a múltiples causas, desde la propia iniciativa del administrador, a la separación *ad nutum* por la junta general prevista en el art. 223 de la LSC, por poner algún ejemplo.

¹⁵⁶ El apartado 2 del art. 232 de la LSC de 2010 recogía, expresamente, los supuestos en los que se exceptuaba el deber de guardar secreto de las informaciones que conozcan para los casos “en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes”. La LSC de 2014 concreta y resume el contenido de manera adecuada, aunque no resuelve específicamente que información es secreto.

En el segundo supuesto, el deber de secreto no obra en aquellos casos en que las informaciones societarias sean requeridas o se hayan de remitir a las autoridades de supervisión y control, entre otras muchas, el Banco de España, la Administración Tributaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia y los órganos de inspección laboral de la Seguridad Social.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

Tratemos ahora otra de las obligaciones derivadas del deber de lealtad como es el deber del administrador de abstenerse de participar en los acuerdos o decisiones que tenga un conflicto de intereses entre el propio administrador y el interés de la sociedad, que proclama el apartado c) del art. 228 de la LSC de 2014¹⁵⁷. La abstención afecta a situaciones de conflicto de intereses directo o indirecto que tengan tanto el mismo administrador como una persona vinculada. La nueva redacción dota de mayor precisión al deber de abstención de participar en estas situaciones de conflicto para el administrador, a saber:

- Se mantiene la abstención de participar en situaciones de conflicto de intereses directo o indirecto;

¹⁵⁷ La base del deber de abstención en situaciones de conflicto de intereses la encontramos en el deber genérico de lealtad hacia la sociedad. El nuevo redactado del art. 228 c) de la LSC de 2014 mejora el enunciado y precisa con mayor claridad el deber de abstención de participar en acuerdos que conlleven un conflicto de intereses para el administrador, con respecto al anterior art. 229.1 donde, para el administrador afectado de conflicto, disponía que “1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.

El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera.”

La nueva norma previene una mayor independencia del administrador y evita la participación en la deliberación y votación en los acuerdos en los que él mismo o una persona vinculada puedan tener intereses individuales.

- Se abstendrá de participar en la votación del acuerdo o decisión (como en el anterior art. 229.1 de la LSC de 2010) ni tampoco en su deliberación; y,
- Se abstendrá de participar también cuando el conflicto directo o indirecto afecte a una persona vinculada.

Por lo tanto, el administrador afectado no puede tratar (ni deliberación ni tampoco votación) la decisión o el acuerdo conflictivo. Como ya hemos indicado con anterioridad, prevalece el interés social por encima del interés particular de un administrador o de un tercero vinculado.

Contrariamente, se excepciona de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador. El administrador podrá participar en la deliberación y votación de asuntos relacionados con su designación, renovación o revocación para cargos en el órgano de administración, que esté desempeñando o que se le propongan.

Interesante deber el de abstención para los administradores societarios en situaciones de conflicto de intereses que con una redacción mejorada aboga por el mejor interés de la sociedad como pieza fundamental del deber de lealtad y por la independencia de los administradores.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Este apartado d) del art. 228 de la LSC de 2014 presenta la novedad de la independencia de criterio del administrador; es decir, se exige que desempeñe su cargo bajo responsabilidad individual y con libertad de criterio o juicio. El administrador debe responder a la confianza depositada por su designación y desempeñar sus facultades con una conducta leal y diligente en la toma de decisiones que considere oportunas, y sin verse influenciado por intereses de terceros. Por ello, consideramos apropiado que se regule expresamente la libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y

vinculaciones de terceros, dotando de mayor rigor profesional al cargo¹⁵⁸. El administrador es conocedor de los intereses pretendidos de terceros en el ejercicio de sus funciones y entendemos que así se refuerza la independencia de los administradores sin vinculaciones ni instrucciones de esos terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Este último apartado e) del art. 228 de la LSC de 2014 establece la exigencia del administrador, dentro del deber de lealtad, de prevenir las situaciones de conflicto de intereses del administrador en su relación con la sociedad. Por ello, el administrador deberá adoptar las medidas necesarias (por ejemplo, abstenerse de participar en la deliberación y votación del asunto en concreto o eludir actividades que supongan competencia efectiva a la sociedad que administra) para evitar situaciones de conflicto entre los intereses de la sociedad y los intereses del administrador, ya sean por cuenta propia o ajena. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés afecta todos los miembros del órgano de administración, estén o no en situación de conflicto de interés.

En definitiva, advertimos que el hecho de evitar situaciones de conflicto de interés no es más que una obligación de abstención para el administrador, de modo que no se comprometa el interés de la sociedad y el deber de lealtad que se le exige. En este sentido, el art. 229 de la LSC de 2014, que veremos a continuación, desarrolla de manera clara, acertada y bien articulada las medidas necesarias para no incurrir en situaciones que conlleven conflicto con el interés social.

¹⁵⁸ Las relaciones entre administradores o entre socios (o accionistas) y administradores permiten conocer los intereses o pretensiones de unos u otros que pueden condicionar la independencia de criterio en el ejercicio de las funciones del administrador. Por ejemplo, un consejero dominical (que forma parte del consejo de administración por su condición de accionista), en el cumplimiento del deber de lealtad, no puede tomar decisiones condicionado por el interés de los accionistas a quienes representa y sí tiene que estar al interés de la sociedad; o, dos consejeros que tengan relación de parentesco deben actuar conforme a la lealtad de un fiel representante, sin afectaciones de los intereses conocidos por su vinculación.

5.3.2.2.- El deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Como ya hemos avanzado en el apartado anterior, el deber de evitar situaciones de conflicto entre el interés de la sociedad y el del administrador merece un más que conveniente estudio separado del resto de obligaciones inherentes al deber de lealtad¹⁵⁹, por lo característico y lo relevante en la conducta leal de un administrador. El conflicto de interés se produce en situaciones en las que los intereses del administrador puedan entrar en disputa con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, con independencia de que del conflicto se derive perjuicio o no para la sociedad.

Cierto es que los administradores en el ejercicio del cargo pueden entrar en conflicto de interés con la sociedad que administran, y es entonces donde debe prevalecer el interés de la sociedad respecto al personal (o de alguna persona vinculada), en cumplimiento del deber de lealtad. Cuando existe conflicto de intereses con la sociedad se exige, al administrador, abstenerse de participar en tal asunto. Pero consideramos positivo que la norma vaya más allá, es decir, introduce un mecanismo de prevención de las situaciones de conflicto de interés; de manera que adoptará (el administrador) las medidas necesarias para evitar ese conflicto¹⁶⁰.

Y esto es lo que abarca el nuevo redactado del art. 229 de la LSC de 2014, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, al que se refiere el apartado e) del art. 228

¹⁵⁹ Recordemos que el art. 228 de la LSC de 2014 concreta una serie de conductas derivadas del deber de lealtad que no tienen carácter absoluto, es decir, caben más conductas que las enumeradas en el precepto. Por su importancia respecto al deber de lealtad, el conflicto de interés entre sociedad y administrador que puede comprometer a aquella merece una mención destacada y exclusiva. Y es, el apartado e) del citado art. 228 sobre el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, el contenido de la nueva redacción del art. 229 de la LSC de 2014.

¹⁶⁰ El conflicto de interés se produce cuando en un asunto determinado entran en disputa el interés individual del administrador (o de persona vinculada) con los intereses de la sociedad. El anterior art. 229 de la LSC regulaba las situaciones de conflicto de intereses entre sociedad y administrador. La norma imponía (al administrador) un deber de comunicación, del propio administrador, y un deber de abstención, sólo con relación a la operación a la que el conflicto se refiera. La modificación de la LSC de 2014 obliga al administrador a abstenerse de participar en el asunto en cuestión (apartado c) del art. 228 de la LSC de 2014). Pero, la norma no previene sólo la abstención de participar en cualquier situación de conflicto de interés y la comunicación de tal brete, sino que se incorpora el deber de evitar el conflicto como mecanismo de prevención (apartado e) del mismo art. 228), exigiendo del administrador que adopte las medidas necesarias ante la posibilidad de incurrir en situaciones de conflictividad entre el interés de la sociedad y los intereses del administrador (o persona vinculada), ya sean por cuenta propia o ajena.

Por analogía, pero desde otra perspectiva el art. 224.2 de la LSC se refiere a las situaciones de conflicto de intereses de la SA. El citado precepto nos determina los supuestos especiales de cese de administradores de la SA, cuando tengan intereses opuestos a los de la sociedad.

Para BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 498, las obligaciones que se imponen son una derivación del deber de lealtad de los administradores.

de la reformada norma. A su vez, ese deber preventivo obliga al administrador a abstenerse y a comunicar cualquier situación de conflicto de intereses¹⁶¹.

Coincidimos con SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE que un administrador en situación de conflicto de interés actuará como un fiel representante (lealtad) si ejerce una labor preventiva y de contención (deber de abstención) ante tal conflicto¹⁶². La precaución de evitar situaciones de conflicto de interés, como obligación derivada del deber de lealtad, se traduce en un deber de no hacer para el administrador. Para ello, el administrador queda obligado a abstenerse de realizar ciertas conductas que pudieran plantear conflicto de interés entre los de aquel y el de la sociedad.

El art. 229.1 de la LSC de 2014 enumera de forma no limitativa una serie de situaciones en las que existirá conflicto de intereses. Destacamos que ese conjunto de obligaciones de abstenerse no es una lista a modo de *numerus clausus*, cualquier situación análoga que pueda derivar en un conflicto de intereses entre la sociedad y los del administrador obligará a un deber de abstención (para el administrador). De modo particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés impone al administrador a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones (negocios jurídicos de cualquier tipo) con la sociedad. Si bien este deber de abstención actúa como regla general, se admiten excepciones, siempre y cuando se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

¹⁶¹ La LSC de 2014 establece una nueva redacción del anterior art. 229 de la LSC (sobre situaciones de conflicto de intereses), de modo que, bajo la rúbrica de deber de evitar situaciones de conflicto de interés, trata de soslayar tal conflicto, incluso antes de que se produzca.

La DGRN ha resuelto en numerosas ocasiones al respecto de situaciones de conflicto de intereses, entre otras, destacamos la de 14 de diciembre de 2004, sobre conflicto de intereses en el nombramiento del administrador designado por la minoría formada por una sociedad competidora, mediante el sistema de representación proporcional (art. 243 de la LSC); y de 20 de abril de 2005, se trata de conflicto de intereses por parte del administrador en la escritura de concesión de crédito garantizado.

Por su parte, la SAP de Madrid de 17 de octubre de 2008 (FJ 3º) declaró que, si bien los arts. 127 bis y 127 ter de la LSA (actuales 227, 228, 229 y 230 de la LSC de 2014) no prohíben votar a un miembro del consejo de administración en situación de conflictos de intereses, el acuerdo alcanzado por el órgano de administración era lesivo para el interés social. En el nuevo texto legal, sobre situaciones de conflicto de interés, deja claro que el administrador afectado no puede intervenir en la deliberación ni en la votación de los acuerdos o decisiones de la sociedad relativos a la operación en conflicto. Es decir, como nos apunta BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 498, debe abstenerse de participar en la operación conflictiva, lo que incluye su intervención en la adopción de acuerdos en el órgano de administración.

¹⁶² En otras palabras, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, ob. cit. p. 907, reflexiona sobre que “la lealtad de un administrador en situación de conflicto de interés comporta esencialmente un deber de abstención.” Así, el contenido objetivo del deber de abstención ante situaciones conflictivas es el deber de lealtad del administrador.

operaciones ordinarias; realizadas en condiciones estándar para los clientes; y, de escasa relevancia. La letra a) del apartado 1 del art. 229 de la LSC de 2014 viene a prohibir al administrador a realizar negocios jurídicos (de cualquier tipo como compra-ventas, préstamos, por ejemplo) con la sociedad que pudieran entrar en conflicto los intereses de ésta con los del administrador. No obstante, se permite la realización de transacciones que no comporten riesgo efectivo para los intereses de la sociedad, cuando se trate de operaciones ordinarias (entendida como las que se celebran dentro de la actividad normal de la sociedad), en las mismas condiciones existentes para los clientes y de escasa importancia (que no afectan a la situación patrimonial, financiera y de resultados de la sociedad).

- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. La letra b) del ya citado precepto conecta, mejorando su redacción, con el anterior art. 227 de la LSC, dónde señalaba la prohibición, para los administradores, de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador “para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas”. El nuevo texto concreta la prohibición si es “para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas”. Así tenemos dos clases de prohibiciones, por una parte, no pueden utilizar el nombre de la sociedad y, por otra parte, no pueden invocar su condición como administradores, si en ambos casos se deduce una influencia indebida. Las exigencias se basan en el aprovechamiento del administrador en su posición del cargo que ocupa y, como consecuencia de la actuación en tal posición, se derive en un beneficio propio (o de terceros vinculados) por encima del interés de la sociedad¹⁶³.

¹⁶³ Desde la jurisprudencia, entre otras muchas, destacamos las SSTS de 14 de marzo de 2011 (FFJJ 2º y 9º) dónde se infringe uno de los deberes de lealtad valiéndose de su condición de administrador para la realización de operaciones de desplazamiento patrimonial; de 29 de septiembre de 2011 (FJ 2º) sobre el cumplimiento de los deberes de lealtad por un consejo de administración de una sociedad cooperativa de producción de aceite, en cuyo consejo existían dos miembros que pertenecían al órgano de administración de otra sociedad cooperativa con operación comercial relacionada; y de 4 de noviembre de 2011 (FJ 2º) que, en sentido contrario, desestima la infracción de los deberes que impone la LSA y LSRL (actualmente refundidas en la LSC) en los presupuestos de una acción social de responsabilidad. En la llamada jurisprudencia “menor”, destacamos la SAP de Cáceres de 29 de abril de 2010 (FJ 2º) relativa a la validez de una cláusula de autocontratación en los poderes generales otorgados por el administrador de una sociedad, a favor de una persona vinculada y la vulneración de los deberes de lealtad; la SAP de Barcelona de 17 de junio de 2013 (FFJJ 3º y 8º) argumenta el carácter preventivo de las normas legales sobre los deberes de los administradores; y la SAP de Castellón de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) dónde la falta de conducta leal exigida (al administrador) provoca un daño directo a la sociedad.

- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. Esta letra c) del mencionado art. no permite el uso (al administrador) de los activos sociales para fines privados, operaciones que nada tienen que ver con el cargo y facultades de administrador. Asimismo, contempla el deber de secreto sobre la información confidencial a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, a la que se refiere el apartado b) del art. 228 de la LSC de 2014, ya comentado en el punto anterior.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad. La letra d) del repetido precepto simplifica el anterior art. 228 de la LSC de 2010. El administrador no puede aprovecharse de las oportunidades de negocio que conozca con ocasión del cargo que desempeña y que sean de interés de la sociedad. Sin embargo, esta prohibición no deja de ser compleja, imprecisa y de difícil apreciación. Así, por ejemplo, el administrador puede servirse de un tercero no vinculado, en beneficio propio o de ese tercero, para pasarle la información precisa de la oportunidad de negocio. O bien, un empleado dependiente puede obtener beneficio propio derivado de las informaciones que maneja en su relación laboral con la sociedad¹⁶⁴.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. Por su parte la letra e) del reiterado art. prohíbe al administrador

¹⁶⁴ Es común en la práctica judicial dirimir actuaciones de oportunidades de negocio generadas por la sociedad y aprovechadas por el administrador en beneficio propio o de terceros vinculados. Así, en la STS de 3 de septiembre de 2012 (FJ 3º) argumenta que “el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad – en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación – determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe.” En la SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2010 (FJ 5º) trata el aprovechamiento de la oportunidad de negocio como fundamento de la responsabilidad de un administrador societario. La sentencia aclara los dos supuestos que el precepto de la norma prohíbe, a saber, “las operaciones ofrecidas a la sociedad (cuando el origen del interés social es la oferta de negocio realizada por un tercero) y las operaciones o inversiones en las que la sociedad tuviera interés (por pertenecer el negocio al ámbito de su objeto social, siendo defraudada su posición de sujeto activo en búsqueda de negocio)”; la SAP de Palencia de 18 de junio de 2012 (FJ 4º) confirma al respecto que “a los administradores no les está permitido beneficiarse de una operación o de la ejecución de un negocio que corresponde a la sociedad y que puede ser realizada por ella. La razón es que, de actuar así los administradores, estarían infringiendo el deber de fiduciario de desempeñar su cargo buscando siempre el mayor beneficio para la sociedad”. Y añade que, en este caso no existe “el único impedimento legal que podría eximir de responsabilidad (al administrador) por su conducta desleal (...), que la sociedad hubiese renunciado voluntariamente a dichas oportunidades”.

la obtención de fuera de la sociedad de cualquier tipo de servicios o prestaciones relacionadas con el ejercicio del cargo para influir en su desempeño¹⁶⁵.

- f) Desarrollar una actividad competitiva con la sociedad, por cuenta propia o ajena. Finalmente, la letra f) cierra el apartado 1 del art. 229 de la LSC de 2014 desarrollando la prohibición de competencia que se preveía en el anterior art. 230 de la LSC de 2010. La concurrencia competitiva que regulaba la LSC de 2010, partía de la realización por el administrador de actividades en otra sociedad con características idénticas, análogas o complementarias a la actividad de la sociedad en la que ejerce la condición de administrador. Es decir, se trata de una situación de conflicto de interés por parte del administrador con el interés de la sociedad relacionada con la dedicación, por cuenta propia o ajena, a una actividad similar, análoga o complementaria al objeto social de la sociedad administrada¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Como señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, ob. cit. p. 909, la norma trata de defender la independencia de criterio del administrador para no verse cuestionada por regalos, viajes o cualesquiera otro tipo de beneficios que pudiera percibir de terceros. Recordemos la obligación básica derivada del deber de lealtad que aboga por desempeñar las funciones del cargo de administrador con libertad de criterio e independencia respecto de terceros, vinculados o no al administrador (letra d) del art. 228 de la LSC de 2014).

Esta obligación de no hacer tiene una excepción, el administrador puede obtener de terceros atenciones de mera cortesía. Sin embargo, el concepto de mera cortesía está sujeto a múltiples interpretaciones, pues el alcance de esta excepción puede variar según el tamaño de la sociedad, la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas o la importancia de la relación con el tercero para la sociedad, por poner algunos ejemplos.

¹⁶⁶ La nueva redacción de la LSC de 2014 incluye el contenido anterior, aunque clarifica mucho mejor los términos de la concurrencia de competencia y obliga al administrador a un deber de abstención como mecanismo de prevención del conflicto, incluso antes de que éste ocurra. La obligación del administrador será abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que supongan una competencia efectiva con la sociedad. La competencia efectiva, que puede ser actual o potencial, se dará cuando pudiera lesionar los intereses de la sociedad y tenga el carácter de relevante. Así, puede existir competencia efectiva a pesar de que el administrador se dedique a una actividad que no sea del mismo, análogo o complementario género de actividad que el objeto social de la sociedad, aunque la mayoría de infracciones de esta prohibición será en esos casos. Además, deberá abstenerse de ejercer actividades que, de cualquier modo, lo sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

La base de esta prohibición al ejercicio libre de una actividad económica radica en el deber de lealtad en la relación jurídica administrador-sociedad. La defensa del interés social impide la dedicación a actividades que antepongan el interés propio (o de terceros vinculados) en situaciones de competencia respecto a la sociedad que administra. Por ello, representa una excepción al principio de libertad de empresa (art.38 de la CE) y más un deber de lealtad que corresponde al administrador.

A modo de ejemplo, la realización de una actividad competidora por cuenta propia sería el administrador que, al mismo tiempo, fuera empresario individual o socio único de otra sociedad. Para el caso de actividades competidoras por cuenta ajena, el ejercicio de funciones de apoderado general de otra empresa individual o de administrador en otra sociedad. Y, nos atrevemos a añadir, también cualquier situación en la que el administrador sea socio mayoritario de una sociedad que sostenga una actividad competitiva.

La interpretación que podemos realizar de la prohibición de competencia nace de la dedicación simultánea (del administrador de una sociedad) a una actividad similar o complementaria, ya sea por cuenta ajena o propia, que constituye una situación de conflicto de intereses y que *lato sensu* podría incidir en un perjuicio para la sociedad administrada. En este sentido, el Alto tribunal se ha pronunciado

Resulta cuanto menos necesario recordar que el deber de evitar situaciones de conflicto de interés afecta a todo administrador, en sentido general, con independencia del modo de organizarse la administración de la sociedad. Pero, ese deber de precaución del conflicto que obliga al administrador a abstenerse se aplica, además, cuando el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador. Por eso, el apartado 2 del art. 229 de la LSC de 2014 impide de manera oportuna que el administrador traspase las conductas prohibidas a través de personas vinculadas, aplicando las previsiones anteriores (obligaciones de abstenerse) en esos casos de vinculación¹⁶⁷.

Por su parte, el apartado 3 del art. 229 de la LSC de 2014 contiene el deber de comunicación, siendo una obligación para el administrador. La comunicación alcanza, en todo caso, a cualquier situación de conflicto de interés, directo o indirecto, entre los intereses de la sociedad y los del administrador o personas vinculadas con él¹⁶⁸. Podemos resumir de manera sucinta el contenido del citado apartado de la norma:

al respecto, entre otras, en las SSTS de 1 de Octubre de 1986 (FJ 2º) señalando que "para tener por incumplida la aludida prohibición de concurrencia y que tal contravención produzca los efectos rescisorios que la propia ley previene, basta probar la existencia de esa actividad comercial concurrente, o lo que es igual, perteneciente a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de la que es socio, sin necesidad de acreditar si tal concurrencia ha provocado o no un resultado competencial en el más riguroso sentido económico de menoscabo en los beneficios, dato que fácilmente podrá resultar variable y oscilante en el tiempo"; de 5 de diciembre de 2008 (FJ 3º) (que alude otras muchas resoluciones anteriores); y, de 26 de diciembre de 2012 (FJ 8º), interpretando la norma legal, de modo que la prohibición de competencia "tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas". La jurisprudencia menor también se ha pronunciado en la misma línea de argumentación. Entre otras, las SSAP de Cantabria de 28 de abril de 2000 (FJ 2º); de Barcelona de 27 de abril de 2006 (FJ 2º) que valora la infracción de la prohibición de competencia, siendo irrelevante que "el administrador actúe movido por la obtención de un beneficio (... y) se haya causado un perjuicio concreto, sino que basta con la comprobación de que la actividad concurrente por parte del órgano de administración es real y cierta, o al menos que lo ha sido, aunque no se mantenga en el momento de decidir" y la referencia al objeto social hay que entenderla hecha al objeto estatutario, "aunque alguna de las actividades no se desarrollen momentáneamente"; de Álava de 11 de junio de 2008 (FJ 2º); de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (FJ 3º) que confirma que la prohibición de competencia no se extiende a las personas vinculadas a los administradores según los términos definidos en el art. 127 ter.5 de la LSA (actual art. 231 de la LSC), otra cosa sería que la vulneración de la prohibición es imputable al administrador, "cuando la conducta infractora se realice por persona interpuesta, generalmente unida por vínculos familiares con la finalidad de evitar la prohibición"; de Madrid de 5 de julio de 2013 (FJ 3º); y de Barcelona de 30 de octubre de 2013 (FJ 3º).

¹⁶⁷ Consideramos personas vinculadas a los administradores las mencionadas en el art. 231 de la LSC de 2010, que no ha sufrido modificación por la LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo.

¹⁶⁸ El conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad se produce en el mismo ejercicio de la gestión social donde los intereses propios (del administrador o personas vinculadas a él) pueden enfrentarse con los de la sociedad. Por consiguiente, el art. 229.3 de la LSC de 2014 dispone "en todo caso" el deber de comunicación ante "cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos (administradores) o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad". El deber de comunicación pretende dotar de mayor transparencia a las situaciones de conflicto, una finalidad informativa y un mayor control sobre los administradores.

1. El deber de comunicación. Como ya hemos enunciado, “en todo caso” el administrador tiene la obligación de comunicar cualquier situación de conflicto de intereses, bien directo o indirecto, que pudiera tener él o personas vinculadas¹⁶⁹.
2. El receptor de la información. La comunicación se efectuará (por el administrador en conflicto) en función del modo en que esté organizada la administración de la sociedad. Si se trata de administrador único se comunicará a la junta general. Y si por el contrario se confía a varios administradores se deberá comunicar al resto de administradores y, en el caso de consejo de administración, el consejero en conflicto deberá comunicarlo al consejo¹⁷⁰.
3. La información en la memoria. Las situaciones de conflicto de interés serán objeto de información en la memoria que forma parte de las cuentas anuales de la sociedad. Por lo tanto, la memoria recogerá toda la información

¹⁶⁹ Un conflicto de intereses directo sería cuando el interés del administrador entra en conflicto con el de la sociedad. Cuando el interés que se enfrenta con el de la sociedad es el de una persona vinculada al administrador sería un conflicto indirecto.

Como ejemplo práctico de situación de conflicto de interés que obliga al administrador a comunicarlo tenemos la concurrencia de competencia efectiva. En este caso, el administrador deberá comunicar las actividades a las que se dedique directamente, por cuenta propia o ajena, que puedan suponer un conflicto con el interés de la sociedad. De la misma manera, comunicará las actividades a las que se dediquen personas vinculadas al administrador, por cuenta propia o ajena, que entren en conflicto con los intereses de la sociedad. Para ello deberá informar de la participación de capital que pudiera tener en otras sociedades (efectivamente competitivas), tanto el propio administrador como las personas a él vinculadas, además de los cargos o las funciones que en ellas ejerzan.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. y SOLER PASCUAL, L. A.: “Los deberes de los administradores” en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, ob. cit., pp. 780 a 782, afirman que las situaciones de conflicto de intereses de las que deriva el deber de comunicar “son manifestaciones concretas del ejercicio de una actividad concurrente por cuenta propia o ajena, con actividad directa de gestión o simple aprovechamiento económico de la actividad económica concurrente”.

¹⁷⁰ La Ley de Transparencia del año 2003 se refería al deber de comunicación (sobre situaciones de conflicto de intereses) del administrador al consejo de administración (art. 127 ter.3 de la LSA). Incluso, llegó a interpretarse tal precepto como sólo aplicable para las SA cotizadas. Pero, coincidimos con SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 197 a 199, que la finalidad de la norma era la defensa del deber de lealtad y de la transparencia de los conflictos de intereses, por lo tanto, lo procedente era la extensión a todas las sociedades.

La refundición del texto legal, LSC de 2010, despejó las dudas con una nueva redacción en aplicación del deber general de lealtad a toda sociedad (de capital), cualquiera que sea el modo en el que se organice el órgano de administración.

Finalmente, la reforma de la LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo, precisa más si cabe los mecanismos a seguir para evitar situaciones de conflicto de interés. Y en ese deber de prevención del conflicto juega un papel importante el deber de comunicación del administrador que se transforma en información para la sociedad y para los demás administradores, lo que comporta el cumplimiento del deber de lealtad para el afectado y el diligente ejercicio de sus funciones para los demás. En la misma línea, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, ob. cit. p. 911, opina que la información suministrada por el administrador en su deber de comunicación “incentiva que otros administradores o la junta (general) puedan custodiar o defender el interés de la sociedad de una manera particularmente eficaz”.

comunicada por el administrador sobre las situaciones de conflicto propias y de personas vinculadas a él¹⁷¹.

Sic, podemos afirmar que la regulación de las situaciones de conflicto de intereses aporta un ejercicio de transparencia y de refuerzo de la lealtad del administrador. No obstante, permite, por un lado, el ejercicio del cargo de administrador, de la misma persona, en dos o más sociedades. La existencia de un mismo administrador en más de una sociedad puede provocar preferencias y favorecer la deslealtad. Por otro lado, el concepto de conflicto de intereses es bastante indeterminado y tendrá que atenderse a las circunstancias, o casuística, de cada caso concreto¹⁷².

¹⁷¹ El párrafo final del apartado 3 del art. 229 de la LSC de 2014 dispone la publicidad en la memoria de la sociedad de las situaciones de conflicto de interés. La memoria forma parte del contenido de las cuentas anuales de la sociedad (art. 254 de la LSC de 2010 y de 2014). El objeto de la memoria y su contenido se desarrollan en los arts. 259 y 260 de la LSC de 2010, respectivamente, si bien éste último modificado por el nuevo redactado que le da la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Con respecto a la información en la memoria, resulta interesante la aclaración que aporta la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña de 18 de enero de 2005 (FFJJ 4º y 5º), si la sociedad no ha recibido la comunicación de la participación y de los cargos en sociedades competidoras o en negocios del mismo o complementario género (cuyo alcance supone un incumplimiento del específico deber de lealtad), la omisión de tales datos en la memoria no será causa de nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de la sociedad “puesto que la memoria no puede recoger una información que los obligados a prestarla no han facilitado”.

¹⁷² Veamos algunos ejemplos que la jurisprudencia nos ha ido aportado al respecto. La STS de 17 de noviembre de 2011 (FJ 3º) versa sobre el deber de abstención si el interés del que te ha nombrado como consejero (administrador) no coincide con el interés de la sociedad (caso Mazda Motor); en la STS de 11 de diciembre de 2012 (FJ 6º) trata el conflicto de intereses opuestos como deber de lealtad y la separación del administrador. Así, la deslealtad no es causa de separación de los administradores sino de una exigencia de responsabilidad a éstos. No obstante, la sentencia indica que “es determinante de la adecuación a derecho de la separación de los administradores desleales y de aquellos cuyo comportamiento lesione los intereses de la sociedad (...) resulta irrelevante que la norma no imponga la separación de los administradores que infringen sus deberes de leal y diligente administración, ya que la infracción opera en el caso como justificación del ejercicio no abusivo por la mayoría de la facultad de cesar a los nombrados (...)”; y, en la STS de 26 de diciembre de 2012 (FJ 7º) sobre conflicto de intereses en las SRL y el deber de abstención, siendo lo fundamental que no intervenga en la votación “quién detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social”.

Por su parte, en la jurisprudencia menor, la SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 2011 (FJ 1º) expone que las situaciones de conflicto de intereses representan un riesgo objetivo de que el administrador en (aparente) conflicto pueda comprometer los deberes de lealtad y fidelidad para con la sociedad administrada; la SAP de Álava de 31 de julio de 2013 (FJ 2º) señala, con respecto a la situación de conflicto de intereses a informar en la memoria, que “no es suficiente con denunciar la falta de información en la memoria, (...) resulta necesario analizar si el conflicto pudo perjudicar a la propia sociedad o a un tercero que por no tener la información suficiente pudo sufrir un daño”; en la SAP de Barcelona de 28 de octubre de 2013 (FJ 4º) confirma que la obligación que contiene el art. 229 de la LSC se aplica también a los acuerdos en una junta general y no sólo en los actos de administración; y en la

SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de febrero de 2014 (FJ 2º) sostiene que existe un conflicto de intereses cuando la persona que representa un patrimonio social ostenta, a la vez, la representación orgánica de otra sociedad. De este modo, se comprometen los intereses de ambas sociedades administradas. Y añade que “la prohibición de actuar en conflicto, indirectamente supone una prohibición de votar en conflicto” y argumenta que “las notas del conflicto son la oposición de intereses y el riesgo de lesión del principal”.

5.3.3.- El régimen de imperatividad y dispensa.

Recordemos la importancia del deber de lealtad que atiende a un modelo de conducta como un representante leal, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad¹⁷³. El régimen relativo al deber de lealtad es preceptivo, de tal modo que cualquier ampliación vía estatutaria de las obligaciones derivadas del deber de lealtad tendrá también el carácter de imperativo. Por el contrario, las disposiciones estatutarias que limiten o contradigan los supuestos legales del deber de lealtad serán rechazadas. Sin embargo, existe la posibilidad de que ese régimen obligatorio sobre el deber de lealtad sea motivo de dispensa por parte de la sociedad¹⁷⁴, autorizando las previsiones anteriores sobre el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229 de la LSC de 2014), comentadas en el apartado 5.3.2.2.

El art. 230 en su nueva redacción de la LSC de 2014 incorpora el régimen de imperatividad y dispensa al deber de lealtad de los administradores¹⁷⁵, en un solo precepto, mejor articulado y palmario, protegiendo el principio eminente del interés social. *Ergo*, el régimen relativo al deber de lealtad es imperativo; y la imperatividad de ese régimen legal no es absoluta, sino relativa, permitiéndose la dispensa conforme a un procedimiento establecido en la propia norma y bajo ciertas condiciones.

El apartado 1 del citado art. 230 consagra el carácter imperativo del régimen legal relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción. Y, añade que, cualquier disposición estatutaria que limite o sea contraria al deber de lealtad (y a la responsabilidad por su infracción) no será válida. Cuestión diferente sería una ampliación por vía estatutaria de esa imperatividad, pero en ningún caso limitarla, ya que debe prevalecer el interés de la sociedad por el que aboga la reforma del deber de lealtad de la LSC de 2014. En este sentido, apunta SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE que “el deber de lealtad tiene el contenido que la ley se encarga de definir”, bien sea en las

¹⁷³ El art. 227 de la LSC de 2014 sobre el deber de lealtad que se les exige a los administradores en interés de la sociedad que administra y la infracción que supone el incumplimiento de tal deber.

¹⁷⁴ La LSC de 2010 contenía separadamente la posibilidad de autorizar las conductas prohibidas dentro de cada obligación derivada del deber de lealtad (arts. 227 a 232). La modificación de la LSC de 2014 incorpora el procedimiento y las condiciones para la dispensa de las prohibiciones en un solo art. 230.

¹⁷⁵ El art. 230 de la LSC de 2014, bajo la rúbrica de régimen de imperatividad y dispensa, se estructura en tres apartados como veremos. En su primer punto, prevé el carácter imperativo del deber de lealtad; en el segundo, la posibilidad de dispensar las prohibiciones contenidas en el art. 229 de la LSC de 2014; y, en el tercer apartado, la posibilidad de revocar la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad.

obligaciones de hacer como en las de no hacer (prohibiciones) y que no pueden ser objeto de modificaciones por los estatutos sociales¹⁷⁶.

Con respecto al apartado 2 del mismo precepto, la norma regula la posibilidad de dispensar al administrador de las conductas prohibidas o conflictos de interés previstos en el art. 229 de la LSC de 2014 (también extensible a cualquier supuesto que figure en los estatutos sociales) en casos singulares, de acuerdo al procedimiento y requisitos que contiene la misma norma. El objeto de la dispensa de la prohibición o no obligación de abstenerse (para el administrador o persona vinculada) se refiere a casos particulares, y no a autorizaciones con carácter general; y por aquella se autorizará la realización de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio y la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. Luego, entonces vemos como la imperatividad del régimen legal del deber de lealtad no es absoluta¹⁷⁷.

La dispensa para realizar determinadas previsiones que estaban prohibidas deberá ser autorizada y acordada por la sociedad a través de sus órganos sociales. La concesión de la dispensa presupone la autorización expresa para un administrador o una persona vinculada a él que, afectados por la prohibición, ahora podrán realizar la determinada operación o conducta.

La competencia para autorizar puede variar en función de la conducta a dispensar. Como bien aclara SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE la sociedad actúa y funciona por medio de sus órganos sociales (junta general y órgano de administración) y, como la dispensa la debe otorgar la sociedad, serán aquellos órganos los que tengan competencia para autorizar la dispensa¹⁷⁸. Únicamente variará el órgano social que conceda la dispensa en

¹⁷⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, ob. cit. p. 911, entiende que, por el contrario, no es imperativo el régimen legal aplicable a otros deberes y, en concreto, al de diligencia. Según el autor, esto se debe a la formulación flexible del deber de diligencia, atendiendo a la variedad de cargos que pueden adoptar los administradores como a la diligencia exigida según las funciones atribuidas en la gestión social. Y concluye que, a tenor del art. 230.1 de la LSC de 2014, se abre la posibilidad de delimitar vía estatutaria el deber de diligencia.

¹⁷⁷ El párrafo primero del ap. 2 del art. 230 de la LSC de 2014 responde a la relatividad del régimen del deber de lealtad y expresa la dispensa de las prohibiciones contenidas en el art. 229 de la misma Ley en casos singulares, autorizando su realización al administrador o persona vinculada.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, ob. cit. p. 912, argumenta que la competencia de los órganos sociales van “en función

función de la conducta prohibitiva que se trate de autorizar, todo ello de conformidad a lo expresado en la nueva norma para el régimen de imperatividad y dispensa¹⁷⁹.

El procedimiento de dispensa de prohibiciones concede, a nuestro entender, a la junta general competencia para cualquier supuesto, si bien será necesario que se autorice exclusivamente por este órgano social la dispensa de las siguientes actividades (art. 230.2 y 3 de la LSC de 2014):

- la obtención de una ventaja o remuneración de terceros;
- una determinada transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales;
- la prohibición de no competir con la sociedad¹⁸⁰; y
- en las SL, la prestación de cualquier clase de asistencia financiera o el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios o de obra¹⁸¹.

Ni que decir tiene que el administrador en conflicto y socio a la vez no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de acordar sobre la dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad¹⁸².

del contenido de la dispensa y del tipo de sociedad de que se trate”. En esta misma línea de opinión, MEMBRADO HERRERA, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, ob. cit., p. 126, añade que la posibilidad de dispensar las prohibiciones debe extenderse a cualesquiera otras que consten en los estatutos sociales.

La DGRN ha reconocido que no habiendo autorización de la dispensa por el órgano competente, para el caso concreto, la eficacia del acuerdo adoptado sólo podrá salvarse mediante su ratificación *a posteriori*, mientras tanto el acto adolecerá del vicio de nulidad ratificable. Resulta pragmática la resolución de 30 de junio de 2014 sobre la representación de una persona en nombre de la sociedad y en su propio nombre con conflicto de interés por cuenta propia “autocontrato”; así, aclara que “el apoderado sólo puede contratar en situación de conflicto cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato”, y añade que “Se ha entendido que el deber general de lealtad que incumbe a todo gestor de intereses ajenos impone su abstención en aquellos supuestos en que el conflicto se produce entre los intereses del principal y los intereses de aquellas personas vinculadas al gestor.”

¹⁷⁹ Los apartados 2 y 3 del art. 230 de la LSC de 2014 pretenden garantizar que la dispensa se acuerde por órganos sociales independientes. Mientras que el ap. 2 establece que autorizará la junta general por norma y sólo actuará el órgano de administración por defecto expreso, el ap. 3 regula la dispensa de la obligación de no competir que la concederá la junta general.

¹⁸⁰ El apartado 3 del art. 230 de la LSC de 2014 se ocupa de la dispensa de la obligación de no competencia con la sociedad, de acuerdo a unos requisitos como veremos más adelante.

¹⁸¹ En las SL, la junta general será el único órgano competente para otorgar la autorización de la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador (art. 162 de la LSC de 2010 y de 2014) o el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra (art. 220 de la LSC de 2010 y de 2014).

¹⁸² La LSC de 2014 modifica el tratamiento jurídico de los conflictos de interés para el accionista de la sociedad, de manera certera en un ejercicio de transparencia y confianza. En ese sentido, se propone generalizar a las SA la norma ya prevista para las SL. La nueva redacción del art. 190, bajo la rúbrica de

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración, aunque la junta general mantiene su competencia para autorizar, siempre que:

- se garantice la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado¹⁸³; y
- se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social¹⁸⁴; o
- en su caso, se realice la operación autorizada en condiciones de mercado y se garantice la transparencia del proceso¹⁸⁵.

Por supuesto, el administrador en conflicto tiene que abstenerse de participar en el acuerdo de autorización por el órgano de administración, dentro de sus obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. Compartimos la opinión de MEMBRADO HERRERA que los requisitos de independencia y transparencia exigen que el administrador en conflicto no participe en la decisión o acuerdo de que se trate¹⁸⁶.

Finalmente, el apartado 3 del art. 230 de la LSC de 2014 regula la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad por parte del administrador (o persona vinculada). La norma expresa que la prohibición de no competir con la sociedad será objeto de dispensa cuando:

- no quepa esperar daño para la sociedad; o
- se prevea obtener unos beneficios que compensen el daño.

conflicto de interés, prohíbe el derecho de voto en los casos más graves de conflicto y en la letra e) de su apartado 1, dispone la limitación al derecho de voto con remisión expresa al art. 230 de la LSC de 2014. Por tanto, el administrador socio afectado no podrá ejercitar el derecho a voto cuando se trate de adoptar acuerdos que tengan por objeto “dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el art. 230.”

¹⁸³ La independencia que proclama la norma debe garantizarse no sólo con la abstención del administrador afectado (y las personas vinculadas a él), sino que los demás miembros del órgano de administración decidan en cumplimiento del deber de lealtad y el principio que procesa de protección del interés de la sociedad (art. 227 de la LSC de 2014).

¹⁸⁴ La inocuidad de la operación se refiere a que la conducta prohibida autorizada no causa daño alguno para el patrimonio social.

¹⁸⁵ Alternativamente, para el caso de que la operación autorizada no tenga el carácter de inocua, el art. 230.2 de la LSC de 2014 impone que aquella se realice en condiciones de mercado y dentro de un proceso de transparencia (deber de información) frente a la sociedad. La realización de una operación autorizada por el administrador afectado (o personas vinculadas a él) en condiciones de mercado significa que se lleva a cabo en las mismas condiciones que si fuera un tercero el que opera con la sociedad.

¹⁸⁶ MEMBRADO HERRERA, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, ob. cit., p. 126.

La dispensa de la prohibición de competencia requiere un acuerdo expreso y separado. Además, el precepto establece expresamente la competencia exclusiva de la dispensa de esta prohibición a la junta general¹⁸⁷. Sin embargo, nada impide que la autorización concedida pueda ser revocada, para ello, se requerirá un nuevo acuerdo de la junta general. Así, en todo caso, se permite la posibilidad de que, a instancia de cualquier socio, la junta general resuelva sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas hacia la sociedad. Sería el caso de un administrador beneficiado de la dispensa de prohibición de competencia, cuando en el desarrollo de una concreta actividad autorizada se percibe el riesgo de perjuicio para la sociedad de manera relevante¹⁸⁸.

A modo de conclusión, podemos decir que el régimen de dispensa sobre obligaciones derivadas del deber de lealtad, aunque de un modo impreciso en su redacción, regula la competencia para autorizar según sea el contenido de la concreta prohibición que se dispensa y el tipo de sociedad de capital. En todo caso, la junta

¹⁸⁷ Recordemos que el art. 229.1.f) de la LSC de 2014 obliga al administrador (y personas vinculadas) a abstenerse de desarrollar actividades, por cuenta propia o ajena, en concurrencia por competencia efectiva con la sociedad o con los intereses de ésta. Por su parte, el art. 230.3 de la LSC de 2014 limita el alcance de tal prohibición si existe autorización expresa y separada de la junta general. No tiene competencia en este caso de dispensa el órgano de administración.

La autorización de liberalización de la prohibición debe ser expresa, no se admiten las autorizaciones tácitas o presuntas. En este sentido, la STS de 26 de enero de 2006 (FJ 2º) considera que no puede haber autorización tácita a pesar de que los otros socios conocieran las actividades competitivas que desarrollaba el administrador, en el momento de constituir la sociedad y apunta que “el simple hecho de conocer de principio pero no consentir, aceptar ni autorizar, no conforma acto propio que cause estado y que sirva para justificar la conducta competencial desarrollada”. Igualmente, entre otras, las SSTS de 5 de diciembre de 2008 (FJ 3º) y de 26 de diciembre de 2012 (FJ 7º)

¹⁸⁸ Esta posibilidad de cesar al administrador es una materialización del supuesto general que contempla el art. 223 de la LSC de 2010 (y de 2014), dónde se recoge el cese de los administradores y, en su punto 1, advierte que los administradores pueden ser separados de su cargo por la junta general sin que ni siquiera conste en el orden del día; y del art. 224 de la misma Ley, bajo la rúbrica de supuestos especiales de cese de administradores de la SA, en su apartado 2, previene el cese de los administradores que tengan intereses opuestos a los de la sociedad.

La consecuencia que comporta la infracción de la prohibición de competencia es el cese del administrador afectado. Así, en las SSTS de 12 de junio de 2008 (FJ 3º); de 5 de diciembre de 2008 (FJ 3º) y de 26 de diciembre de 2012 (FJ 8º), recuerdan que la vulneración de la prohibición legitima a cualquier socio para solicitar el cese del administrador. En la SAP de Salamanca de 13 de diciembre de 2011 (FJ 6º) matiza la solicitud de cese judicial del administrador, por infracción de la prohibición de competencia, por conocimiento y total consentimiento de la situación competitiva; en la SAP de Gerona de 28 de febrero de 2012 (FFJJ 2º y 6º) señala que el incumplimiento de la prohibición legitima a cualquier socio para solicitar el cese del administrador infractor. La pretensión debe ser cursada ante el juez de lo mercantil del domicilio social para las SL, siendo ante la junta general en las SA; en la SAP de Barcelona de 17 de junio de 2013 (FJ 8º) afirma que la norma (art. 230 de la LSC) es de naturaleza preventiva y la vulneración de competencia faculta a cualquier socio a interesar el cese del administrador afectado; y en la SAP de Toledo de 17 de junio de 2014 (FJ 4º) confirma que no existe causa de competencia con la sociedad creada *ex novo*, pues las sociedades que se consideran competidoras ya estaban creadas con anterioridad.

general es el órgano competente, siendo el órgano de administración en los demás casos que no se regula expresamente a aquella, también válido para ello. Consideramos positivo remarcar que la dispensa se refiere a casos singulares, y no genéricos, en defensa del interés de la sociedad y del deber de lealtad en el ejercicio del cargo de administrador.

5.3.4.- Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.

El deber de lealtad adquiere tal relevancia mediante una tipificación más precisa en la LSC de 2014, que se ha visto modificada la redacción del art. 232 de la LSC de 2010 para incorporar expresamente las acciones derivadas de la infracción del citado deber. La revisión del deber de lealtad le ha dotado de un régimen especial de obligado cumplimiento, como ya hemos observado, y de un mayor rigor en su infracción¹⁸⁹. *Sic*, además del ejercicio de las acciones de responsabilidad previstas en los arts. 236 (y ss.) de la LSC de 2014, se podrán ejercer otras acciones sobre los actos y contratos celebrados por el administrador en violación de su deber de lealtad. Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad que nos dicta el nuevo precepto son¹⁹⁰:

- acciones de impugnación;
- acciones de cesación;
- acciones de remoción de efectos; y
- acciones de anulación.

¹⁸⁹ La importancia del deber de lealtad en la nueva LSC de 2014 ha permitido que los socios minoritarios (poseedores de al menos 5% del capital social) puedan ejercitar la acción de responsabilidad directamente cuando la misma se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general (art. 239.1 de la LSC de 2014).

¹⁹⁰ Las acciones contra actos y contratos celebrados por el administrador con infracción del deber de lealtad se ejercerán según sea el caso. Así tenemos, las de impugnación, para obtener la anulación de un acuerdo que lesione el interés social (incluyendo los acuerdos impuestos de forma abusiva por la mayoría de socios, art. 204.1 de la LSC de 2014); de cesación y remoción, su finalidad es conseguir una resolución favorable al cese de actividades prohibidas por el deber de lealtad (por ejemplo, el cese de un actividad competitiva), o la remoción de los efectos causados por esas actividades prohibidas (*in fine* art. 1098 del CC); y, de anulación, dirigidas a la cancelación de determinado negocio o contrato celebrado faltando al deber de lealtad.

En relación con la acumulación de acciones del art. 232 de la LSC de 2014, véanse las SSTs de 8 de abril de 2013 (FJ 6º) sobre el interés legítimo de un socio para ejercitar una acción de nulidad, de manera que “este interés jurídico de la socia demandante no se agota en la legitimación para un eventual acción de responsabilidad social contra la administradora por el perjuicio causado a la sociedad (...), sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de la causa”; y de 23 de septiembre de 2014 (FJ 4º), donde confirma la doctrina de la sentencia anterior y el cambio de orientación de la jurisprudencia, en este sentido.

De conformidad con el art. 236.1 de la LSC de 2014 el administrador responderá frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones realizados incumpliendo su deber de lealtad. Como consecuencia de dicha acción estará obligado a reparar el daño causado e indemnizar a la sociedad. La reforma del gobierno corporativo de 2014 sube el rigor acertadamente en el tratamiento de la deslealtad, manteniendo la indemnización del daño causado y se incorpora la restitución a la sociedad del enriquecimiento injusto obtenido (art. 227.2 de la LSC de 2014). O lo que es lo mismo, en palabras de PAZ-ARES, se logra elevar el precio de la deslealtad¹⁹¹.

Como ya hemos comentado, junto con el ejercicio de las acciones de responsabilidad frente al administrador pueden ejercitarse otras acciones contra los actos desleales, según proceda en cada caso, enunciadas *supra*. La complejidad del tema requiere un estudio más completo que se escapa del cometido de este trabajo. No obstante, aplaudimos el hecho de que se incluyan expresamente en la reforma de la LSC de 2014 las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad mediante el art. 232, dirigida a una mejor protección del interés de la sociedad y mayor confianza en el buen gobierno de la sociedad.

5.4.- LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD.

La sociedad necesita para obrar y llevar a cabo cuantos actos y negocios jurídicos precise del concurso de personas físicas. Como ya se habrá comprobado, las personas así designadas son los administradores. Éstos conforman un órgano societario (órgano de administración) y forman parte de su estructura, de tal manera que manifiestan la

¹⁹¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Anatomía del deber de lealtad”, Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Ed. Dykinson, número 39, enero 2015, pp. 43 a 65. El autor formó parte de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, para proponer modificaciones normativas, de cuya propuesta trae causa la nueva regulación de la LSC de 2014. En este art. estudia minuciosamente el deber de lealtad y muestra la estructura básica de su nueva regulación. Sobre la infracción del deber de lealtad considera conveniente el fin logrado de “elevar el precio de la deslealtad”, de este modo “la vía seguida (con la nueva regulación) ha consistido en obligar al administrador responsable no sólo a reparar el daño causado, sino también a devolver el beneficio que le haya procurado la violación de su deber de lealtad (art. 227.2 de la LSC de 2014)”.

Como curiosidad, comentar que el informe Aldama (2003), para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, ya había recogido entonces en sus recomendaciones esta circunstancia (la restitución del enriquecimiento injusto) a modo de preocupación y deseo de un tratamiento adecuado (apartado III.2.2).

voluntad de la sociedad y obligan con sus actos a ésta. Dentro de las competencias del órgano de administración (y de los administradores) está la representación de la sociedad¹⁹².

Los arts. 233 y 234 de la LSC de 2010 (que no han sufrido variación alguna con la reforma de 2014), se ocupan de la representación de la sociedad¹⁹³. Como norma general, corresponde a los administradores esta representación en la forma determinada en los estatutos. También, se debe tener presente lo previsto en los artículos 124 y 185 del RRM sobre la administración y representación de la sociedad¹⁹⁴.

Veamos la competencia de representación de la sociedad atribuida a los administradores (y al órgano de administración que conforman) como instrumento necesario para manifestar la voluntad y ejecutar actos de la sociedad y, a tal fin, proteger los intereses de los socios y de los terceros que se relacionen. Para ello, trataremos en un primer lugar, la determinación de los administradores a los que se atribuye el poder de representación. En segundo lugar, el ámbito o extensión del poder de representación. Y en tercer lugar, examinaremos alguna aplicación práctica de la representación de la sociedad como son los apoderamientos voluntarios y la representación en juicio.

5.4.1.- La atribución del poder de representación.

La LSC considera a los administradores como representantes de la sociedad, dado que son los titulares del órgano de administración. Por lo que al ostentar ese poder de representación de la sociedad, manifiestan externamente la voluntad y actúan por cuenta

¹⁹² Véase el apartado 5.2. sobre el órgano de administración, concepto, modos y competencias. También, conviene recordar que a los administradores les compete la gestión y representación de la sociedad (art. 209 de la LSC de 2010 y de 2014).

¹⁹³ La importancia de la representación de la sociedad y su régimen de atribución tiene sus efectos en la inscripción del nombramiento de los administradores en el RM, haciendo constar los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, indicando si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente (art. 215 de la LSC de 2010 y de 2014).

¹⁹⁴ La evolución de la normativa en la representación de la sociedad ha recogido, en gran medida, el sentido de los principios otorgados por la primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1968 (arts. 8 y 9 de la Directiva 68/51/CEE) con relación a la protección de los intereses de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad.

de ésta, siendo la propia sociedad la que obra. En puridad, es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del órgano de administración determinado estatutariamente.

La titularidad de la representación se confiere a los administradores de la sociedad, conforme al órgano de administración así establecido por los estatutos¹⁹⁵; nos referimos a una representación orgánica. Los administradores, en forma de órgano estructurado, actúan en nombre de la sociedad vinculando a ésta frente a terceros, sin embargo no debe confundirse con la representación legal¹⁹⁶ ni con la voluntaria¹⁹⁷.

Comenta SÁNCHEZ CALERO que “la sociedad actúa a través de sus órganos, de tal forma que los actos de las personas titulares de los mismos, siempre que operen en el ámbito de su competencia se estima que son actos de la propia persona jurídica.” Es decir, los administradores (como órgano) expresan la voluntad de la sociedad. Y esta voluntad es única, a diferencia de una representación normal (no orgánica) dónde nos encontramos con una voluntad del representante y del representado. Sin embargo, SÁNCHEZ CALERO aboga por una situación intermedia entre la representación orgánica y

¹⁹⁵ El apartado e del art. 23 de la LSC de 2010 (y de 2014) sobre los estatutos sociales contiene la mención al o modos de organizar la administración de la sociedad. De esta manera, la forma del órgano de administración determinará el poder de representación de la sociedad, que constará en los estatutos, y que viene establecido por Ley (art. 233 de la LSC de 2010 y de 2014 y arts. 124 y 185 del RRM). Esto ha supuesto un cambio importante, en cuanto a que la titularidad del poder de representación viene determinada por Ley, con respecto a la LSA de 1951 y de 1989. Para las SL, el art. 62 de la LSRL establecía las reglas para la atribución de la representación de la sociedad según el modo del órgano de administración.

¹⁹⁶ Evidentemente, la representación orgánica tiene un origen legal pero la representación legal tiene una naturaleza y finalidad diferentes. Podemos considerar como representación legal, la conferida por ley a ciertas personas para obrar por cuenta de otras que no lo pueden hacer por sí mismas. Por ejemplo, la representación legal de los hijos (art. 162 del CC), del desaparecido en juicio (art. 181 del CC), del menor o incapaz (arts. 222 y 267 del CC), entre otros. Señala POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 145, que la representación orgánica no es una representación legal en el sentido tradicional del término, sino más bien una representación necesaria para atribuir a la sociedad los actos (dentro de sus competencias) desarrollados por el órgano de administración. Del mismo modo, VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., pp. 743 a 746, apunta que los administradores son el órgano de representación de la sociedad. Los titulares del poder legal de la representación orgánica de la sociedad, cuyo poder de representación depende del modo de organización de la administración. Finalmente, para BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., pp. 499 y 500, la representación de la sociedad se refiere a la vinculación de la sociedad por declaraciones de voluntad de los administradores.

¹⁹⁷ La representación voluntaria es aquella que una persona voluntariamente otorga la realización de un acto o negocio jurídico, que podría realizar por sí mismo, a otra. A diferencia de la representación legal, el representado sí tiene capacidad de obrar. No obstante, pueden darse casos de representación orgánica y voluntaria de la sociedad. Por ejemplo, el administrador con representación orgánica, que otorga voluntariamente poderes a un tercero para un determinado negocio jurídico de la sociedad.

la normal, *de facto*, “la relación orgánica en su aspecto externo, se asemeja extraordinariamente al fenómeno representativo”¹⁹⁸.

El art. 233 de la LSC de 2010 (y de 2014), en su apartado 1 previene que corresponde a los administradores la representación de la sociedad, por ello, quedan fuera de esta competencia otros órganos societarios como la junta general. La LSC distribuye las competencias entre los órganos sociales y atribuye al órgano de administración la representación de la sociedad en juicio y fuera de él, careciendo la junta general de facultades representativas¹⁹⁹. Además, el mencionado precepto establece que la facultad de representación de los administradores será en la forma determinada por los estatutos sociales.

Como consecuencia del párrafo anterior, entendemos que sólo tienen representación orgánica de la sociedad los administradores, pero no todos los administradores son representantes orgánicos de aquella. O dicho de otro modo, puede haber administradores con poder de representación y administradores sin poder de representación. Tal es el caso del consejo de administración (modo de organizar la administración), ya que el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. Y, para ese supuesto, con constancia en los estatutos sociales podrá atribuir el poder de representación a favor de algunos miembros del consejo²⁰⁰.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 228. El autor apunta una teoría organicista intermedia, esto es, la representación orgánica de la sociedad en su ámbito externo. Del mismo modo, se pronuncian en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, ob. cit. pp. 555 y 556. Esta tesis ha sido recogida por la jurisprudencia, en la STS de 14 de marzo de 2002 (FJ 3º), que a su vez se remite a otras tantas sentencias, distingue entre la representación orgánica y la representación voluntaria. También, en la doctrina de la DGRN encontramos la delimitación entre la representación orgánica y la voluntaria, la RDGRN de 24 de noviembre de 1998 resulta ilustrativa al respecto, pues resume a otras tantas resoluciones.

¹⁹⁹ Las competencias de la junta general se regulan en el art. 160 y su intervención en asuntos de gestión en el art.161, ambos modificados por la LSC de 2014, mientras que las competencias del órgano de administración se establecen en el art. 209 y su atribución de poder de representación y ámbito del mismo en los arts. 233 y 234, todos de la LSC de 2010 (y de 2014). En este sentido, podemos encontrarnos con la exigencia de autorización de la junta general, dentro de sus competencias, para dotar de eficacia a las actuaciones del órgano de administración, pero ello no significa ni atribución de función representativa por parte de la junta general ni capacidad para limitar tales funciones representativas. Y, en todo caso, las limitaciones al poder de representación tendrían eficacia meramente interna, siendo ineficaz frente a terceros (art. 234 de la LSC de 2010 y de 2014).

²⁰⁰ Véase las reglas contenidas para el caso de consejo de administración, en cuanto al poder de representación se refiere, en la letra d del apartado 2 del art. 233 de la LSC de 2010 (y de 2014). Como también lo regulado, tras la reforma de la LSC de 2014, en el art. 249, sobre la delegación de facultades del consejo de administración y su reflejo en un contrato expreso que debe ser aprobado por el consejo de administración, y la incorporación del nuevo art. 249 bis de facultades indelegables del consejo.

La atribución del poder de representación de la sociedad a los administradores según la determinación estatutaria no impide el otorgamiento de poderes de representación a favor de terceros que no formen parte del órgano de administración. Por lo tanto, los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad son los que pueden otorgar apoderamientos de la representación, nos referimos a la representación voluntaria (lo trataremos con una aplicación práctica en el apartado 5.4.2 siguiente).

Dentro de las facultades de representación de la sociedad conviene distinguir entre las que afectan a la gestión interna y a las relaciones externas. En el ámbito interno hablamos de una serie de actuaciones para la organización, dirección y control de la sociedad que precisan de una representación. Pero, esta representación interna, que viene determinada por la LSC, queda fuera de la atribución del poder de representación de la sociedad frente a terceros o de las relaciones externas a las que se refieren los arts. 233 y 234 de la LSC de 2010 (y de 2014)²⁰¹.

Así, pues, el poder de representación de las sociedades de capital corresponde a los administradores en la forma establecida por los estatutos sociales²⁰². Por su parte, los estatutos ven limitada su autonomía de la voluntad mediante la asunción de determinadas reglas acerca de la titularidad de la representación y su régimen de atribución. En efecto, el modo de organizar la administración queda relacionado con la atribución de la representación de la sociedad (art. 233.2 de la LSC de 2010 y de 2014²⁰³). Y es el criterio seguido por el RRM, mantener una correlación entre el

²⁰¹ Las competencias de los administradores: la gestión y la representación de la sociedad, nacen del art. 209 de la LSC de 2010 (y de 2014). Para llevar a cabo la gestión se necesita una representación de orden interno para el funcionamiento de la sociedad, como la convocatoria de la junta general (art. 166 de la LSC de 2010 y de 2014), la formulación de las cuentas anuales y su depósito (arts. 253 y 279 de la LSC de 2010 y de 2014), el informe sobre modificación de los estatutos sociales (art. 286 de la LSC de 2010 y de 2014), entre otros actos. En cambio, la representación de la sociedad, que corresponde a los administradores, en las relaciones externas frente a terceros es el contenido de los arts. 233 y 234 de la LSC de 2010 (y de 2014), y objeto de estudio en este punto de nuestro trabajo.

²⁰² Conviene recordar que los estatutos sociales, como normas que rigen el funcionamiento de la sociedad, han de contener el modo o modos de organizar la administración de la sociedad (art. 23.e) de la LSC de 2010 y de 2014), nos referimos a una mención estatutaria de carácter necesario.

²⁰³ El apartado 2 del art. 233 de la LSC de 2010 (y de 2014) sobre la atribución del poder de representación de la sociedad regula las reglas del régimen de atribución de la representación en correspondencia con la estructura del órgano de administración de la sociedad.

determinado órgano de administración y la titularidad del poder de representación (arts. 124 y 185 del RRM)²⁰⁴.

Veamos seguidamente las reglas generales con respecto a la atribución del poder de representación, según la forma adoptada del órgano de administración de la sociedad²⁰⁵:

- En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
- En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de distribuciones de ese poder representativo, ya sea por disposiciones estatutarias ya sea por acuerdos de junta general, cuya eficacia tendrá alcance meramente interno.
- En caso de varios administradores conjuntos, distinguimos para las SRL, si fueran más de dos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Para las SA, se limita a dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.
- En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. Sin embargo, los estatutos pueden atribuir facultades de representación en favor de uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto²⁰⁶.

Para el caso de consejo de administración, consideramos positiva la posibilidad de atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo, dado que elimina los problemas de designación de la representación cuando la composición (del

²⁰⁴ El contenido de los citados arts. del RRM establece en un primer lugar las formas de la estructura del órgano de administración de la sociedad, para después atribuirles el poder de representación atendiendo al modo en que se haya organizado la administración.

²⁰⁵ A modo de recordatorio, véase el apartado 5.2.2 de este mismo capítulo, dónde hemos desarrollado los modos en los que puede organizarse el órgano de administración de la sociedad.

²⁰⁶ El consejo de administración estará compuesto por un mínimo de tres miembros (art. 242 de la LSC de 2010 y de 2014). Quién tiene el poder de representación es el propio consejo de administración y lo ejercerá de forma colegiada, como regla general. Ahora bien, cabe la posibilidad que los estatutos sociales otorguen el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual (Presidente del consejo) o conjunto (comisión ejecutiva), indicándose el régimen de su actuación. Por ejemplo, en el caso de varios consejeros nombrados debe indicarse que facultades delegadas se ejercen solidariamente y cuáles de forma mancomunada. En la misma línea se pronuncia el art. 149.1 del RRM.

La delegación de facultades del consejo de administración atenderá a lo previsto en los arts. 249 y 249 bis de la LSC de 2014 que de manera muy acertada garantiza la participación y la profesionalización de los consejeros.

consejo) es muy numerosa y proporciona una mayor efectividad a la facultad de representación²⁰⁷.

En definitiva, podríamos decir que la representación (orgánica) de la sociedad corresponde a los administradores según lo determinado por los estatutos sociales, siendo la representación una de las funciones de los administradores. Pero, la titularidad de tal representación se determina, no disponiendo los estatutos de plena autonomía, correlacionando el modo de organizar el órgano de administración con la atribución de la representación de la sociedad. La LSC y el RRM estipulan y coinciden de manera conveniente los criterios a seguir en cuanto a las reglas de la atribución del poder de representación atendiendo a la forma de organizar la administración de la sociedad.

La delegación de facultades nos permite concluir que podemos separar las funciones propias del administrador en funciones ejecutivas y no ejecutivas, no obstante criticamos que la LSC sólo lo regule expresamente para el caso de consejo de administración. Además, incide directamente en el régimen de las remuneraciones por unas u otras funciones delegadas y se trasladan las consecuencias al ámbito fiscal.

5.4.2.- El ámbito del poder de representación.

Determinado en el apartado anterior el poder de representación (orgánica) de la sociedad y su régimen de atribución a los administradores, veamos a continuación el ámbito que alcanza ese poder de representación de la sociedad.

El art. 234 de la LSC de 2010 (y de 2014) proclama el ámbito del poder de representación de la sociedad que ostentan los administradores²⁰⁸. Como cláusula

²⁰⁷ Nos identificamos con la opinión expresada por SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 240 a 242, dónde realiza una crítica interpretativa del precepto sobre la atribución del poder de representación en el caso de consejo de administración. Para un mayor estudio sobre la atribución del poder de representación en general, véase ESTEBAN VELASCO, G.: “Artículo 233. Atribución del poder de representación”, en AAVV, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, t. I, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1675 a 1682.

²⁰⁸ En este sentido, el art. 234 de la LSC de 2010 (y de 2014), que recoge los arts. 129 de la LSA y 63 de la LSRL, versa sobre el ámbito del poder de representación. A su vez, recogen los principios de la primera Directiva, de 9 de marzo de 1968, en materia de sociedades (68/151/CEE), dirigidos a garantizar los intereses de los socios y de los terceros. Así, el art. 9 de la citada Directiva se basaba en la vinculación de la sociedad por los actos realizados por sus administradores, incluso de los (actos) no comprendidos

general el ámbito del poder de representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos sociales. Ahora bien, los administradores que tienen atribuido el poder de representación de la sociedad, pueden vincular a la sociedad con sus actuaciones dentro o fuera del objeto social. De ahí surge la protección de terceros que contraten con la sociedad²⁰⁹.

Tal propósito se ha visto reflejado en el apartado 2 del art. 234 de la LSC de 2010 (y de 2014), de modo que la sociedad quedará también vinculada por los actos de los administradores, aún cuando no estén comprendidos en el objeto social, frente a terceros que obren de buena fe y sin culpa grave²¹⁰. En este sentido, consideramos positivo la ampliación del ámbito del poder de representación de los administradores de la sociedad, así como la obligación de responder para la sociedad frente a terceros de buena fe que hayan contratado con aquella en actos ajenos al objeto social y asumidos por los administradores²¹¹.

dentro del objeto social, exceptuando si tales actos exceden de las competencias atribuidas al órgano de administración.

Como apunta SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 226, “prevaleció la idea procedente del derecho germánico, de que los administradores tenían un poder de representación típico e inderogable, en el sentido de que las limitaciones a ese poder sólo podrían tener un alcance puramente interno”.

Coincidimos con la misma opinión al respecto de SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 227, al adaptar nuestro ordenamiento al Derecho comunitario, prevaleciendo los intereses generales de garantizar la seguridad y la rapidez en la contratación por parte de las sociedades.

²⁰⁹ A tal efecto, el art. 9 de la primera Directiva, de 9 de marzo de 1968, en materia de sociedades (68/151/CEE), continuaba con la tutela de terceros que obraran de buena fe. La sociedad no quedará vinculada en los actos fuera del objeto social, pero deberá probar que los terceros conocían que el acto excedía de dicho objeto o que no podían ignorarlo.

²¹⁰ Parece claro que la intervención de la junta general en asuntos de gestión vía el nuevo art. 161 de la LSC de 2014 tiene su conexión con el ámbito del poder de representación (art. 234), de forma que si el administrador incumple cualquier obligación impuesta por la junta en asuntos de gestión, el tercero de buena fe estará protegido. De igual manera, el nuevo supuesto que introduce la letra f) en el art. 160 de la LSC de 2014, sobre competencia de la junta y el consentimiento de ésta en aquellas operaciones societarias similares a modificaciones estructurales, el incumplimiento del administrador no vincula a terceros de buena fe. Éstos estarán protegidos por la exigencia de la seguridad del tráfico jurídico, reflejada en el art. 234.2 “(...) aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el RM que el acto no está comprendido en el objeto social.” y en el nuevo art. 236 de presupuesto de responsabilidades.

²¹¹ En este caso, la sociedad queda obligada aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el RM que el acto no está comprendido en el objeto social. Los límites externos o internos del ámbito del poder de representación ha sido tratado por la doctrina. Así, POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, ob. cit., p. 174, se refiere a un principio general de ilimitabilidad de la representación frente a terceros de buena fe. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 231 y 232, comenta la vinculación de la sociedad con los terceros por los actos de los administradores, estén o no comprendidos en el objeto social, salvo el supuesto de mala fe y la culpa grave del tercero. Añadiendo, los efectos puramente internos de cualquier limitación estatutaria con respecto al poder de representación, aunque estuvieran inscritas en el RM. Igualmente, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.C.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, ob. cit. pp. 557, apuntan en la misma línea con respecto al ámbito del poder de

Además, es cierto que cualquier limitación de las facultades de representación de los administradores tendrá una eficacia solamente interna, es decir, será ineficaz frente a terceros, aunque se halle inscrita en el RM.

Suscribe BROSETA PONT que el ámbito del poder de representación es típico e inderogable para la protección de los terceros²¹². Dicho de otra forma, y de acuerdo con el texto legal, el poder de representación incluirá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos sociales, de tal forma que no puede limitarse por voluntad de las partes (sociedad-administrador) y, en todo caso, sólo tendrían un alcance interno, a pesar de que estuvieran inscritas en el RM²¹³.

La DGRN se ha pronunciado sobre si los concretos actos realizados por los administradores estén o no al margen del objeto social, vinculen a la sociedad en todo caso. Así, resuelve que en el ámbito del poder de representación resulta improcedente la determinación del objeto social, excepto cuando las actuaciones de los administradores sean contrarias o incurran en contradicción con el objeto social²¹⁴.

representación, los efectos internos y la influencia del Derecho europeo. También, BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 501, resume que el objeto social frente a los terceros de buena fe contiene una eficacia meramente interna. Finalmente, CABALLERO GARCÍA, F.; “La representación de la sociedad” en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, Tomo I, parte III, cap. VIII, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 812 y 813, entiende la extensión de la representación de tal manera que los estatutos sociales pueden establecer un contenido más amplio que el objeto social.

²¹² BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 500. El poder de representación incluye todos los actos integrados en el objeto social y cualquier limitación será ineficaz frente a terceros. Entendemos, pero, que las limitaciones de facultades sí son válidas en las relaciones internas. En la misma línea de pensamiento, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit. p. 231, analiza el alcance interno de cualquier limitación en el ámbito del poder de representación. También, véase, entre otras, las diferentes resoluciones de la DGRN de 13 de octubre de 1992; de 12 de julio de 1993; y de 7 de diciembre de 1993.

²¹³ Por ello, el RRM en sus arts. 125.4 y 185.6 estipulan que “No podrán inscribirse en el RM las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos”. Estas cláusulas sólo obligarán a los administradores con efectos exclusivamente internos.

²¹⁴ Véase la RDGRN de 20 de abril de 2005, sentando doctrina reiterada al respecto de los actos de los administradores incluidos o no en el objeto social. Este Centro Directivo argumenta que “(...) es muy difícil apreciar *a priori* si un determinado acto queda incluido o en su ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél (acto) y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos --sólo conocidos por el administrador-- participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar el conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociables propios del objeto social”. Y, añade, que es doctrina consagrada “(...) la inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes, y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los actos contradictorios o denegatorios del objeto social”.

Consideramos acertada la regla general del ámbito del poder de representación, la vinculación de la sociedad frente a terceros por los actos realizados por sus administradores. Ciertamente no operará esta vinculación, más allá del objeto social, si se demuestra la mala fe y culpa grave del tercero. De todas maneras, aplaudimos la extensión del ámbito del poder de representación de los administradores y la supresión de la limitación de facultades de los administradores con respecto al ámbito de esa representación²¹⁵.

A continuación, estimamos ilustrativo cerrar este apartado con alguna aplicación práctica de la representación de la sociedad y la delegación de tal facultad, como es el caso de los apoderamientos voluntarios y la representación en juicio, que en el apartado siguiente 5.5. nos ayudará a entender la separación de las funciones de los administradores en delegables e indelegables, dentro de la relación jurídica administrador-sociedad.

1) Los apoderamientos voluntarios.

Como bien hemos comprobado la representación de la sociedad corresponde a los titulares del órgano de administración (los administradores) en la forma establecida en los estatutos sociales (representación orgánica). Y expresamente, en el caso de consejo de administración, el poder de representación puede atribuirse a uno o varios miembros del consejo mediante el acuerdo de delegación de facultades. Cuestión diferente es que la sociedad confiera voluntariamente su representación a quién crea oportuno, mediante el otorgamiento del correspondiente poder (representación voluntaria)²¹⁶.

La representación voluntaria adquiere matices de contrato de mandato²¹⁷. Una persona (administrador, en este caso) encarga a otra persona la realización de un

Por su parte, destacamos la STS de 6 de julio de 2006 (FJ 4º) haciendo mención a diferentes RDGRN en la misma línea de argumentación, y enjuiciando un acto en evidente contradicción con el objeto social.

²¹⁵ Resulta interesante la aportación de ESTEBAN VELASCO, G.: “Artículo 234. Ámbito del poder de representación”, en AAVV, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, t. I, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1682 a 1688.

²¹⁶ Existen diferencias entre la representación voluntaria, la orgánica y la legal, consúltese lo explicado al respecto en el punto 5.4.1 de este apartado sobre la representación de la sociedad.

²¹⁷ El CC en su art. 1709 establece que “por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”.

negocio jurídico, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes. En nuestro ordenamiento jurídico la atribución de facultades de representación voluntaria se efectúa a través del apoderamiento. La actuación del representante o apoderado queda sometida a lo estrictamente establecido en el acto de otorgamiento de poder.

Los administradores de la sociedad que tengan atribuido el poder de representación serán los facultados para otorgar los apoderamientos voluntarios²¹⁸. De este modo, el apoderamiento se puede efectuar, por ejemplo, en favor de personas de dentro de la propia sociedad (gerentes, directores generales, etc.) o en favor de personas unidas a la sociedad por una relación de prestación de servicios (abogados, procuradores, agentes comerciales, etc.). En cualquier caso, los apoderamientos voluntarios así conferidos no otorgan a los apoderados la condición de administradores.

El apoderamiento voluntario puede ser por tiempo determinado o indefinido y se extingue por las causas determinantes de la extinción del mandato, es decir, por su revocación, por renuncia, por concurso o insolvencia del poderdante o del apoderado²¹⁹.

2) La representación de la sociedad en juicio.

La representación de la sociedad en juicio corresponde a los administradores dentro de la atribución del poder de representación que se le otorgue y en el ejercicio de sus competencias²²⁰. Sin embargo, la representación procesal por quién ostenta el poder de representación no impide que la sociedad comparezca en juicio mediante representantes voluntarios. Nos referimos a la representación de la sociedad en juicio a través de apoderamientos voluntarios que concedan los administradores.

²¹⁸ Se inscribirán obligatoriamente en el RM los poderes generales (otorgamiento, modificación, revocación y sustitución), y no los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos (art. 94.1.5º del RRM).

²¹⁹ Véase al respecto los arts. 1732 y 1736 del CC. Por otra parte, la causa más frecuente de extinción del poder de representación es la revocación. Así, cuando el poderdante es una persona física y fallece se extingue la representación. Sin embargo, cuando el poderdante es el órgano de administración de una sociedad (persona jurídica) y los administradores que lo integran cesan en el cargo, el poder sigue teniendo sus efectos hasta que sea revocado por el nuevo órgano de administración.

²²⁰ Como ya hemos desarrollado en el punto 5.4.1 de este capítulo la atribución del poder de representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos sociales, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de atribución contenidas en el art. 233 de la LSC de 2010 (y de 2014).

Las sociedades, como ya hemos explicado, adquieren con la personalidad jurídica la capacidad de obrar pero necesitan de la actuación de personas físicas en el proceso judicial (al igual que se necesitan para la organización y funcionamiento de la sociedad). Los administradores expresan la voluntad de la sociedad con sus actos y decisiones, de tal forma que obligan a ésta. Ello no significa que las sociedades hayan de comparecer en juicio por medio de sus representantes orgánicos (administradores), sino que pueden hacerlo mediante representantes voluntarios²²¹.

A los efectos meramente informativos, cierto es que en la comparecencia en juicio que sea preceptiva la intervención de procurador, el representante de la sociedad (administrador o apoderado voluntario) deberá otorgar, a su vez, poder de representación procesal a favor del procurador²²². Y conviene tener presente que corresponde exclusivamente a los procuradores la representación procesal de las partes, salvo que la ley autorice otra cosa²²³.

En el orden procesal, y relacionado con lo anteriormente expresado, ha suscitado diversa controversia en la jurisprudencia la legitimación activa en los procedimientos monitorios²²⁴. Nos referimos a las personas que han de representar a las sociedades en este tipo de procesos. Más aún, cuando para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será precisa la intervención de procurador y abogado²²⁵. Así, teniendo en cuenta lo comentado sobre la representación de las sociedades, éstas

²²¹ La LEC en su art. 7, sobre comparecencia en juicio y representación, establece en el punto 4 que “Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen”. En este sentido, los arts. 165 y 166 del RN, regula el contenido del apoderamiento otorgado en nombre de una sociedad. Se expresarán las circunstancias relativas a la personalidad del representante, los datos de la sociedad representada y los documentos oportunos de acreditación de esa representación o, en su caso, incorporar el documento auténtico del que nace la representación.

²²² El art. 23 de la LEC estipula la intervención de Procurador en la representación procesal, que habrá de ser Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente y legalmente habilitado para actuar. Por su parte, el art. 24.1 de la LEC sobre el apoderamiento del procurador, indica que “El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido *apud acta* por comparecencia personal ante el secretario judicial de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial”.

²²³ El art. 543.1 de la LOPJ, establece que “corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa”.

²²⁴ El proceso monitorio está regulado en la LEC, arts. 812 a 818, y se puede acudir a este tipo de procesos quién pretenda de otro el pago de una deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, mediante la acreditación de la deuda en las formas así establecidas.

²²⁵ De conformidad con el apartado 2 del art. 814 de la LEC sobre la petición inicial del procedimiento monitorio.

pueden ser representadas en estos procesos necesariamente por el administrador o por los apoderados voluntariamente²²⁶.

Todo ello genera dos posiciones jurisprudenciales diferenciadas, que no compartimos por ser partidarios de la representación voluntaria de la sociedad. Y entendemos esta representación (voluntaria) como legal dentro de la posible delegación de funciones a los únicos efectos del procedimiento o mandato en cuestión. Veamos las dos corrientes distintas en la doctrina judicial:

- La corriente jurisprudencial que defiende la representación de las sociedades mediante apoderamientos voluntarios²²⁷;
- La corriente jurisprudencial que postula que la representación de las sociedades en juicio corresponde exclusivamente a los administradores²²⁸.

En cuanto a la primera posición, más laxa, considera que la sociedad puede comparecer en juicio por delegación, a través del otorgamiento voluntario de poder de representación. Se trata de un criterio más abierto por el cual se admite la representación voluntaria como una expresión del mandato. Se arguye que la previsión estatutaria de la delegación de facultades de representación rompe con el carácter de indelegables de las

²²⁶ En definitiva, se trata, como señala MARTÍN JIMÉNEZ, C. M.: *Teoría y práctica del proceso monitorio. Comentarios y formularios (e-book)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 130, de determinar si la representación voluntaria puede asumir válidamente las atribuciones que por ley corresponden a la representación necesaria.

²²⁷ La corriente favorable a la representación voluntaria en juicio monitorio es amplia. Entre otras muchas, es el criterio seguido en las siguientes sentencias, AAP de Barcelona de 26 de mayo de 2005 (FFJJ 2º y 3º); AAP de Barcelona de 21 de abril de 2006 (FFJJ 2º y 3º); AAP de Madrid de 4 de abril de 2008 (FJ 1º); AAP de Madrid de 11 de diciembre de 2009 (a destacar el voto particular del Magistrado GONZÁLEZ OLLEROS, J., sobre la representación legal y voluntaria); y AAP de Barcelona de 18 de febrero de 2010 (interesante argumentación del voto particular emitido por el Magistrado PEREDA GÁMEZ, F.J., sobre el conflicto interpretativo del proceso monitorio y las limitaciones del apoderamiento voluntario *ad litem*).

²²⁸ En el sentido más estricto de la representación en juicio monitorio, también existe abundante casuística. La corriente favorable a la exigencia de una representación necesaria y, por tanto, no cabe la delegación voluntaria, entre otras, AAP de Madrid de 15 de noviembre de 2005 (FFJJ 12º y 13º); AAP de Vizcaya de 27 de abril de 2006 (FJ 3º); AAP de Madrid de 17 de junio de 2009 (FJ 2º), donde cambia el criterio que había mantenido hasta entonces, sobre la validez y eficacia de la de la representación voluntaria para la petición inicial del procedimiento monitorio; y AAP de Madrid de 15 de enero de 2010 (FJ 1º), sostiene que “a las personas jurídicas los únicos que pueden representarlas son los propios órganos a quienes la ley les confiere esa facultad y cuando éstos no lo hagan deberán acudir a juicio por medio de procurador, aunque para la actuación de que se trate no sea exigida la intervención de este profesional, que es el único que, en defectos de los órganos sociales, está facultado para hacerlo.”

atribuciones del poder de aquellas. Además, las facultades de representación voluntaria no quedan excluidas de la LEC²²⁹ y tienen su apoyo en la LSC²³⁰.

Por su parte, la segunda posición es más cerrada que otorga exclusividad a los administradores en la representación de la sociedad en juicio se basa en la interpretación literal de la norma (art. 233 de la LSC), no admitiendo apoderamientos voluntarios en estos procesos. Al respecto, sostienen que la determinación estatutaria de la representación en juicio la hace indelegable. Destacan que la representación voluntaria de ninguna manera puede asimilarse a la de legal representante de la sociedad. Se distingue entre la representación voluntaria y la orgánica, siendo la representación orgánica la legitimada para que la sociedad pueda comparecer en juicio²³¹.

La discordancia de criterios en la representación legal y voluntaria en los juicios monitorios no ha encontrado una uniformidad en su interpretación. Por lo que continúan las manifestaciones interpretativas en uno u otro sentido²³². Resulta interesante

²²⁹ La LEC en su art. 7.4. dispone que “por las personas jurídicas comparecerán (en juicio) quienes legalmente las representen”. Entendemos que no se impone un determinado tipo de representación legal y, por lo tanto, la representación voluntaria conferida a través del otorgamiento de poder es válida para comparecer en juicio. Como bien apunta MARTÍN JIMÉNEZ, C. M.: *Teoría y práctica del proceso monitorio*, ob. cit, p. 131, los defensores de la representación voluntaria en juicio entienden que, en un sentido laxo y permisivo, la expresión referida a las personas que “legalmente las representen” posibilita la entrada a los apoderados a través de la escritura de poder.

²³⁰ Esta corriente tiene su fundamento en los arts. 281 y ss. del CCom., sobre la facultad del comerciante de “constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilien en él”.

Asimismo, la previsión en los estatutos sociales de la delegación de facultades de representación en favor de terceros que no formen parte del órgano de administración y, el contenido del art. 249 de la LSC de 2014, sobre delegación de facultades del consejo de administración refuerzan la posición a favor de la representación voluntaria.

²³¹ Una de las motivaciones que postula esta corriente se basa en el sistema de responsabilidad. La LSC de 2014 (arts. 236 a 241) establece la responsabilidad de los administradores, sin que la misma alcance a los apoderados.

Cuestión controvertida ha sido la designación de un letrado en ejercicio como apoderado de la sociedad. La posición que defiende la representación de la sociedad en juicio exclusiva de los administradores argumenta que quiebra el principio de igualdad entre las partes en estos procesos. Por el contrario, la corriente que admite la representación en juicio mediante apoderamientos voluntarios postula que tal situación obtiene respuesta en el art. 32.1 de la LEC. Así, se exige a la parte demandante constancia en la demanda de la intervención de letrado en los procedimientos que no resultara preceptiva la intervención de aquél. Y aún más, en el art. 33.2 de la LEC, el litigante puede solicitar asistencia letrada si la parte contraria ha comunicado que actuará defendida por abogado.

²³² Los criterios interpretativos dispares quedan reflejados, a modo de ejemplo entre otras, en AAP de Barcelona de 30 de mayo de 2007 (FJ 3º); AAP de Madrid de 12 de junio de 2007 (FJ 3º); y AAP de Zamora de 13 de diciembre de 2007 (FJ 3º); dónde cabe el apoderamiento voluntario al efecto del proceso monitorio. En algunos casos se analiza si procede la representación voluntaria o sólo la procesal de procurador y abogado, cuando así se exija, en AAP de Madrid de 19 de julio de 2005 (FFJJ 8º, 9º, 12º y 13º); AAP de Málaga de 29 de mayo de 2008 (FJ 2º); y AAP de Madrid de 8 de septiembre de 2009 (FJ 3º). Finalmente, otras se refieren a las facultades de representación específica en cumplimiento de lo

introducir, sobre este caso particular, la postura de la Unión Europea. Así, el Reglamento (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo, contiene la notificación a un representante del demandado²³³. De este modo, opera un criterio más abierto hacia la representación voluntaria, si bien con facultades de representación que afectan al objeto del litigio en cuestión.

En nuestra opinión, encontramos admisible la representación voluntaria de las sociedades en el procedimiento monitorio. Se trata de un apoderamiento que se regirá por las normas propias del mandato y dentro de la autonomía privada. Además, dicho apoderamiento no tiene porque recaer necesariamente en miembros del órgano de administración de la sociedad. No sólo tiene su apoyo en la norma civil y mercantil, como ya hemos explicado, sino que la representación legal (necesaria) de la sociedad puede ser tanto orgánica (órgano de administración), como voluntaria mediante apoderamientos (a terceras personas). Por último, los apoderados no ejercen funciones de representación procesal ni de defensa jurídica, sino de representación voluntaria, *ad litem* en el proceso monitorio.

5.5.- LA CALIFICACIÓN JURÍDICA RELACIÓN ADMINISTRADOR-SOCIEDAD

A lo largo de este capítulo, en sus diversos apartados, hemos comprobado como el administrador de la sociedad asume las funciones de gestión y dirección (relaciones internas) y de representación (relaciones externas) bajo la estructura de un modo organizado de administración. De este modo, las personas físicas o jurídicas designadas como administradores de la sociedad integran el órgano de administración societario. La

dispuesto en el art. 543 de la LOPJ, respecto a la facultad de representación procesal en exclusiva del Procurador, excepto cuando la Ley autorice otra cosa, y, por tanto, no tiene cabida la representación voluntaria. En este sentido, en AAP de Madrid de 16 diciembre de 2008 (FJ 3º); AAP de Zaragoza de 21 de septiembre de 2009 (FJ 2º); y AAP de Madrid de 1 de diciembre de 2009 (FJ 4º).

²³³ El Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, en su apartado 22 de la declaración de motivos nos apunta que “El artículo 15 (notificación a un representante) debe aplicarse a las situaciones en que el demandado no pueda representarse a sí mismo ante un órgano jurisdiccional, como es el caso de las personas jurídicas, y cuando la persona autorizada para representarlo está determinada por ley, así como a las situaciones en que el demandado haya autorizado a otra persona, en especial a un abogado, para representarlo en el proceso judicial específico que se trate”.

designación del administrador y su aceptación del cargo determinan una relación de carácter orgánico entre la sociedad y el administrador. Esta relación orgánica adquiere matices contractuales (contrato de sociedad), ya que el administrador presta sus servicios para ejercer las competencias atribuidas de gestión y representación de la sociedad²³⁴.

El nombramiento de los administradores por la junta de socios adquiere eficacia con la aceptación del cargo²³⁵, y surge la relación jurídica entre la sociedad y el administrador. Analicemos a continuación la naturaleza de esa relación jurídica entre el administrador y la sociedad, elemento clave de nuestro trabajo para la determinación del régimen jurídico a aplicar en la remuneración de los administradores y las posteriores consecuencias fiscales.

5.5.1.- La naturaleza de la relación.

Partimos de que la relación jurídica entre el administrador y la sociedad nace de los actos de voluntades de las partes, dónde una (la sociedad) nombra la persona para ocupar el cargo de administrador y otra (la persona designada) acepta el nombramiento. Para SÁNCHEZ CALERO la naturaleza de esta relación jurídica entre el administrador y la sociedad no es contractual²³⁶. Así, justifica la naturaleza orgánica de la relación administrador y sociedad. Según el citado autor, la designación y la aceptación del cargo de administrador, deben considerarse como una manera de alcanzar la titularidad del órgano de administración, no como declaraciones de voluntades que dan origen a una relación contractual. Es más, los califica de actos de carácter corporativo, puramente societarios, que permiten a los administradores ser investidos del cargo, cuya competencia para gestionar y representar a la sociedad se delimita por la Ley y los

²³⁴ La relación administrador-sociedad es orgánica (por el órgano que constituyen los administradores) pero también de carácter contractual (por el negocio jurídico que se crea entre las partes con el nombramiento del cargo), bien de mandato, bien de prestación de servicios e incluso de contrato de trabajo, como veremos en este apartado.

²³⁵ Tal y como señala el art. 214 de la LSC sobre el nombramiento y la aceptación del cargo de administrador.

²³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit, p. 100.

estatutos. Esta relación jurídica se inscribe en el Registro Mercantil como un aspecto más del carácter externo de la relación orgánica del administrador con la sociedad²³⁷.

No obstante, buena parte de la doctrina, hoy en día, acepta la naturaleza contractual de la relación entre la sociedad y el administrador, junto a esta relación orgánica, como veremos. Compartimos la opinión de que la relación jurídica es de carácter orgánica (societaria) y contractual. La designación por la junta general y la aceptación del administrador se declara como un negocio jurídico bilateral de carácter contractual. Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO, se trataría de un contrato de carácter *sui generis*, pero con matices de mandato, arrendamiento de servicios o de trabajo²³⁸. Y señala, al respecto de ese contrato, con relación a ciertos administradores (ejecutivos), se pueda completar esa relación jurídica (de carácter orgánico) entre la sociedad y el administrador con un contrato interno entre ellos, que sirva para determinar los aspectos específicos de su gestión, es decir, concretar ciertas obligaciones y derechos del administrador frente a la sociedad, cualquiera que sea la estructura del órgano de administración. El contrato interno, afirma el referido autor, tiene una naturaleza claramente mercantil. Así, nos encontramos ante una relación jurídica mercantil entre el administrador y la sociedad. Tal contrato no debe confundirse con la relación laboral común que el administrador pueda tener con la sociedad como simple empleado o trabajador de la misma²³⁹.

Por el contrario, para PAZ-ARES concurren dos relaciones jurídicas distintas en la vinculación administrador-sociedad, valoración a la que nos adherimos sin ninguna duda. El autor se refiere a una “relación societaria de administración” (administrador consejero *qua* consejero) y una “relación contractual de servicios” (administrador consejero *qua* ejecutivo); y ambas son contractuales y societarias. La primera relación

²³⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 100 y 101. Esta posición no contractual de la relación sociedad-administrador, ya se defendió en su día por GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J. Y URÍA GONZÁLEZ, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., vol. II, Madrid, 1976, pp. 26 y ss., quién se inclinaba hacia una vinculación de naturaleza orgánica, que tiene su origen en dos declaraciones unilaterales de voluntad, la proposición de nombramiento y la declaración de aceptación. En la misma línea de opinión, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: “Retribución de los administradores en las sociedades cotizadas: la comisión de retribuciones”, en AAVV, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, vol. 2, Ed. Aranzadi, Madrid, 2006, p. 1059.

²³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 100; y DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: *Retribución de los administradores en las sociedades.....*, ob. cit., p. 1064. Se trata de dos relaciones distintas, la relación societaria de administración y la relación contractual de servicios.

²³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 103 y 104.

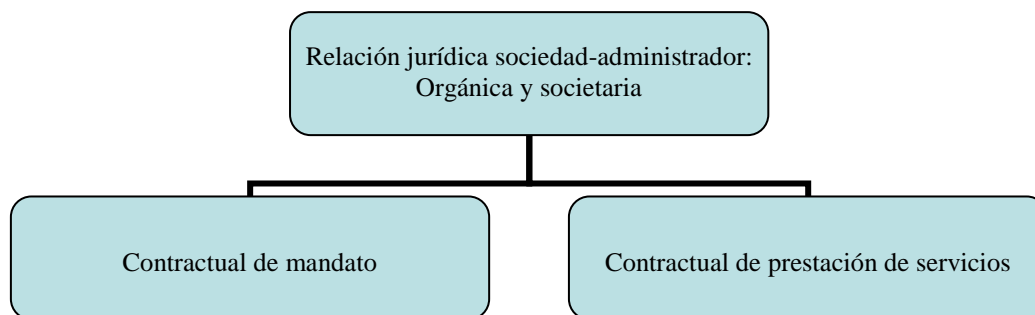
es contractual y orgánica (societaria), aunque específicamente sería un contrato de mandato, dada la naturaleza obligatoria de las funciones que acarrea el cargo de administrador. En cuanto a la segunda relación, apunta, es también orgánica (societaria) y derivada de esa relación subyace un contrato de servicios (por la delegación de facultades)²⁴⁰. Por lo tanto, las posibilidades que aporta el autor en la relación jurídica entre el administrador y la sociedad son dos: el contrato de mandato y el arrendamiento de servicios.

Como indican DESDENTADO BONETE Y DESDENTADO DAROCA debe diferenciarse entre el órgano de administración como tal y las personas físicas o jurídicas que lo integran²⁴¹. El órgano no mantiene relación jurídica alguna con la sociedad, puesto que es un elemento estructural de la sociedad misma; pero sus miembros sí que están vinculados con la sociedad a través de una relación jurídica de carácter contractual. Así, el administrador tiene con la sociedad una única relación jurídica de carácter orgánico y contractual. Y dicha relación contractual, coinciden también en señalar que, puede ser de arrendamiento de servicios y de contrato de mandato.

A nuestro juicio, la relación jurídica existente entre el administrador y la sociedad es de carácter orgánica (y societaria) y contractual, si bien puede ser contrato de mandato, por las obligaciones del cargo; o contrato de prestación de servicios, por la delegación de funciones. Veámoslo resumido en el siguiente esquema:

²⁴⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit. pp. 56 a 58. Comparte la misma interpretación y la recoge, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 89 a 91.

²⁴¹ DESDENTADO BONETE, A y DESDENTADO DAROCA, E.: “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009, pp. 48 a 52. También, comparten esta tesis, POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, ob. cit., pp. 48 y ss; VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., pp. 752 y 754; PAZ-ARES, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit., pp. 56 a 61, califica la relación contractual del administrador con la sociedad de tipo de mandato, dada la naturaleza gestora de las funciones que se encomiendan al administrador.



Esquema 1: La relación jurídica sociedad-administrador.

Fuente: elaboración propia.

En este punto, y con la finalidad de aportar más luz a la naturaleza de la relación entre el administrador y la sociedad, introducimos la distinción entre funciones ejecutivas y no ejecutivas del administrador. Si recordamos lo comentado al inicio del presente capítulo sobre las funciones del administrador, la LSC no define cuáles son las funciones del administrador y sí sus competencias (art. 209), pero la modificación de 2014 dota de una mejor precisión al ámbito de actuación de los administradores. Efectivamente, la nueva redacción de los arts. 225, 226, 249 y 249 bis concretan la función del administrador como tal, junto con las facultades que le otorga la LSC de gestión y representación de la sociedad²⁴². En ese sentido, podríamos hablar de funciones propias del administrador no ejecutivas o indelegables, como la supervisión, el control y las políticas generales de la sociedad, además de su representación²⁴³.

En cambio, las funciones ejecutivas serían el desarrollo y la ejecución de la política general, así como de la dirección, la gestión y la representación de la sociedad, lo que en palabras de DURÁN-SINDREU BUXADÉ ha llamado la gestión de la empresa²⁴⁴. En este caso, las funciones ejecutivas o delegables (porque se pueden atribuir a terceros) serían las propias de un alto directivo o administrador ejecutivo.

²⁴² La LSC de 2014 mejora el marco de desarrollo de las competencias del administrador: la gestión y la representación de la sociedad (art. 209), mediante el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos y la adopción de las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225); la protección a la toma de decisiones estratégicas y de negocio (art. 226); la celebración de un contrato para la delegación de facultades del consejo de administración (art. 249); y las facultades indelegables del consejo de administración (art. 249 bis).

²⁴³ El apartado V del preámbulo de la LSC de 2014 apunta como facultades indelegables aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión.

²⁴⁴ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 66, señala que el art. 209 de la LSC nos permite distinguir entre la gestión de la sociedad (funciones no ejecutivas) y la gestión de la empresa (funciones ejecutivas).

El administrador de la sociedad tiene funciones tanto no ejecutivas como ejecutivas, éstas últimas propias de un alto directivo. O, dicho de otra forma, funciones no ejecutivas que vienen con la atribución del cargo de administrador como son las que envuelven la gestión y la representación de la sociedad, como por ejemplo, definir las políticas generales y estratégicas, el control y la dirección, el cumplimiento de las leyes y de los estatutos sociales, su gestión y su representación. Y, funciones ejecutivas por la aplicación y gestión diaria de las anteriores, como un alto directivo.

Además, como ya hemos apuntado en el apartado 5.2.2, la LSC prevé diferentes modos de organizar la administración de la sociedad (art. 210 de la LSC). De la realidad empresarial, parece habitual que en estructuras societarias simples el modo característico sea el de administrador único o el de administradores solidarios o mancomunados, siendo en estructuras complejas el de consejo de administración.

Pues bien, dado que las funciones ejecutivas y no ejecutivas coinciden en el administrador como tal, concluimos que las mencionadas funciones se podrán distinguir con mayor claridad en función del modo en que la sociedad organice su administración²⁴⁵. Así, por ejemplo, en una sociedad con administrador único coinciden en una misma persona las funciones ejecutivas y no ejecutivas. Mientras que en un consejo de administración las funciones ejecutivas se pueden delegar en uno o varios

²⁴⁵ La denominación de funciones ejecutivas tiene su similitud con las funciones propias de un alto directivo de una sociedad que organiza su administración como consejo (de administración). De ahí que, por la delegación de facultades, se hable de administradores con funciones no ejecutivas y con funciones ejecutivas (consejero delegado). El informe Olivencia (1998), en el apartado sobre la misión del consejo de administración, argumenta que en las sociedades que superan un mínimo de dimensión “las funciones de gestión están fundamentalmente en manos del equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía”. Y, prosigue, “el consejo de administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial” (apartado II.1.1.); añadiendo que consideran “altamente conveniente que formen parte de él (consejo) las personas más significadas del equipo de gestión y, singularmente, el primer ejecutivo de la compañía” (apartado II.2.2.).

Por su parte, el informe Aldama (2003) define el concepto de consejero ejecutivo o interno, como aquellos consejeros que “poseen funciones ejecutivas o directivas en la sociedad o en alguna de sus sociedades participadas, y en todo caso, los que mantengan una relación contractual laboral, mercantil o de otra índole con la sociedad, distinta de su condición de consejeros. También son consejeros ejecutivos quienes tengan alguna capacidad de decisión en relación con alguna parte del negocio de la sociedad, o del grupo, mediante delegación o apoderamiento estables conferidos por el consejo de administración o por la sociedad, respectivamente” (apartado IV. 2.1.a).

Finalmente, el nuevo Código Unificado de buen gobierno (2015), entre otras aprueba la incorporación a la legislación mercantil de la definición de las diferentes categorías de consejeros: internos o ejecutivos y externos (dominicales e independientes); recomendando que los consejeros externos sean mayoría en el consejo de administración (apartado III.3.2.2).

consejeros (previsión contemplada por la LSC de 2014²⁴⁶), diferenciándose claramente de las no ejecutivas. Y ello no significa que, añade DURÁN-SINDREU BUXADÉ, las funciones ejecutivas sean conceptualmente distintas en organizaciones simples y en complejas porque en éstas últimas sí exista la posibilidad de delegar tales facultades²⁴⁷.

Por su parte, PAZ-ARES argumenta que la clave del problema radica en la delimitación del cometido inherente al cargo de administrador. Para el autor, en los sistemas de administración simple (único, solidario o mancomunado) se acumulan la función técnica de gestión (ejecutiva) y la de supervisión (no ejecutiva), mientras que en las administraciones complejas (consejo de administración) se separan²⁴⁸.

Al respecto del consejo de administración y la separación de funciones de los consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) apunta convenientemente MARÍN BENÍTEZ que “la preparación, responsabilidad y dedicación requerida a unos y otros para el desempeño de las funciones que tienen encomendadas no son equivalentes y que por ello, normalmente, la remuneración que unos y otros reciben de la sociedad a la que prestan servicios no es tampoco la misma”²⁴⁹.

Además, la LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo, dispone acertadamente cambios con la intención de distinguir entre funciones ejecutivas y no ejecutivas y su relación con el nuevo régimen de remuneración de los administradores. Por primera vez la LSC se refiere a los administradores “en su condición de tales” en los arts. 217.2 y 3 en relación con su remuneración, o a los consejeros con funciones ejecutivas en el art. 249 sobre la delegación de facultades del consejo de administración,

²⁴⁶ El art. 249 de la LSC de 2014 modifica el redactado anterior de la delegación de facultades del consejo de administración, introduciendo como novedad la celebración de un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o un consejero con funciones ejecutivas.

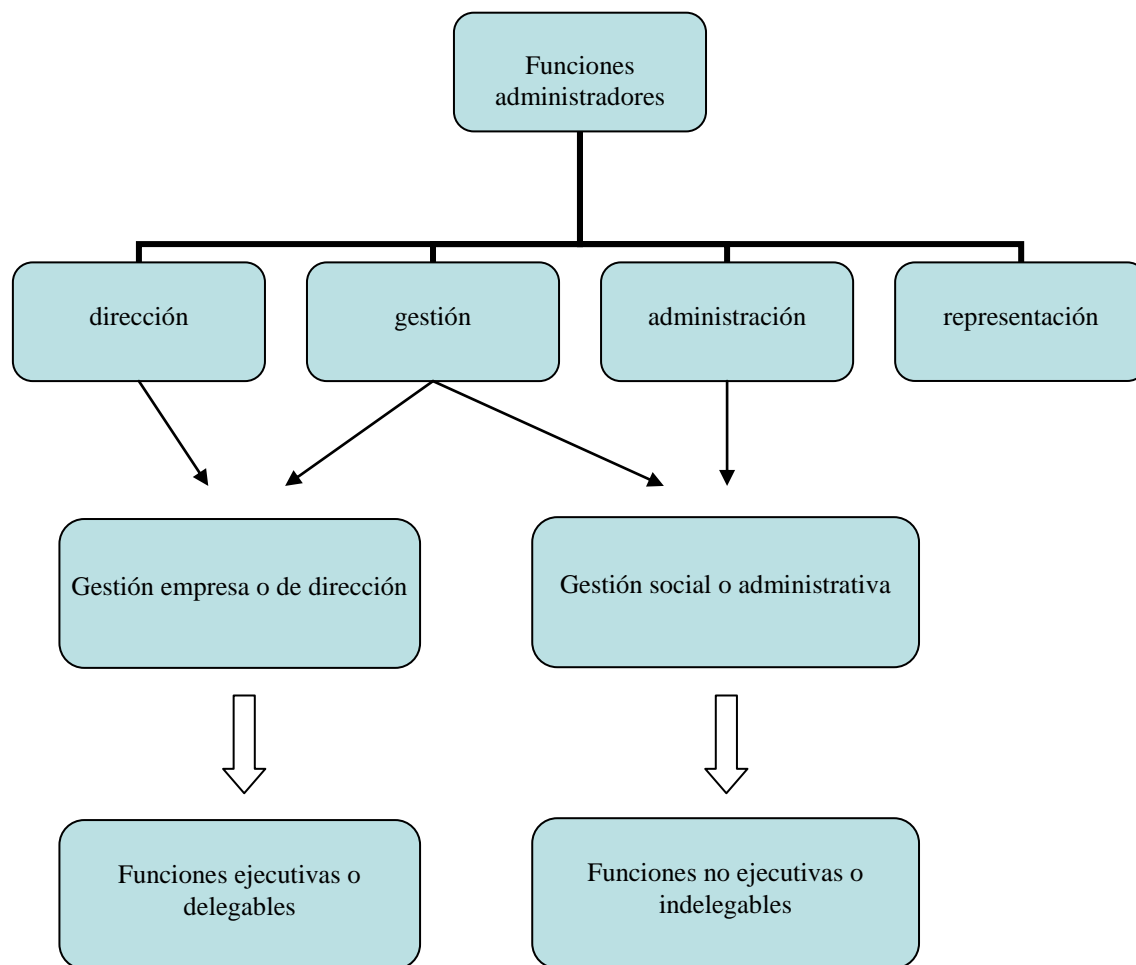
²⁴⁷ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 69 y 89, aclara que en estructuras simples no existe ninguna delegación de facultades dada la naturaleza del órgano de administración, coincidiendo en una misma persona. Cuestión distinta es que se pueda y deba distinguir entre las dos funciones (ejecutivas y no ejecutivas) que comportan el cometido del cargo de administrador.

²⁴⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit. pp. 25 a 28, explica la teoría de las organizaciones y la separación de funciones, y agrega que el consejo de administración desarrolla la función de supervisión, pero no la de gestión (ejecución) más bien la delega en instancias de alta dirección.

²⁴⁹ MARÍN BENÍTEZ, G., “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo*”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 353-354, agosto-septiembre 2012, pp. 5 a 40. Interesante art. que la autora desarrolla sobre el tratamiento fiscal a la naturaleza jurídica de la relación sociedad-administrador.

un paso importante para la separación de funciones y la determinación del régimen jurídico de las remuneraciones de los administradores, a nuestro parecer²⁵⁰.

En el siguiente esquema podemos resumir nuestra interpretación de las funciones propias del cargo de administrador y la separación de funciones que proponemos, con independencia del modo de organizar la administración de la sociedad:



Esquema 2: Las funciones del administrador societario.

Fuente: elaboración propia.

²⁵⁰ La distinción entre funciones ejecutivas y no ejecutivas que encontramos en la LSC de 2014 no sólo alcanza a las sociedades no cotizadas (arts. 217.2 y 3 y 249), sino también a las cotizadas (entre otros, arts. 529 septies, duodecies, septdecies y octodecies), si bien éstas últimas no son objeto del presente trabajo.

Es más, las funciones ejecutivas del administrador se deducen del régimen de responsabilidad del art. 236.4 de la LSC de 2014 al prever que “cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores, serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”.

De cuanto antecede, podemos interpretar que las funciones ejecutivas no están incluidas en las propias del cargo de administrador, cuestión diferente es que tanto las funciones ejecutivas como las no ejecutivas sí que les corresponde ejercitarlas al administrador de la sociedad. Distinción entre las funciones propias del cargo de administrador como tal y las funciones propias del administrador ejecutivo (que se convierte en un alto directivo), no obstante, a tener en cuenta el modo de organizar la administración de la sociedad. Coincidimos en esta interpretación con DURÁN-SINDREU BUXADÉ, aunque va más allá al afirmar que “las funciones ejecutivas de los administradores están excluidas de las inherentes al cargo de administrador, sea cual sea el órgano de administración”²⁵¹. Precisamente, la separación de las funciones del administrador es lo que da origen a la controversia de la retribución, como veremos en el próximo capítulo.

Volvamos a la naturaleza de la relación entre el administrador y la sociedad. Debemos distinguir entre la relación jurídica contractual (y orgánica) en su condición como tal (de administrador) y otras relaciones jurídicas que puedan darse, como una prestación de servicios o una relación laboral, también contractuales. Entonces, admitida la relación contractual entre el administrador y la sociedad, la naturaleza de la relación puede ser mercantil o laboral. El contrato interno entre el administrador y la sociedad, si atendemos al carácter orgánico de la relación, tiene una naturaleza mercantil. Sin embargo, el carácter contractual de la relación administrador-sociedad como prestación de servicios o de empleo posibilita una naturaleza laboral, y se diferencia de la relación orgánica. Y, por tanto, las dos naturalezas (mercantil o laboral) de la relación jurídica serán reguladas por ordenamientos jurídicos distintos y con jurisdicciones competentes diferentes, como son la civil y la social.

El administrador –argumentan DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA²⁵²- en la medida en que no es únicamente un órgano de la sociedad, trabaja por cuenta ajena,

²⁵¹ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 69.

²⁵² DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “*En los límites del contrato de trabajo...*”, ob. cit., pp. 49 y 53. En este sentido, la jurisprudencia declara lo siguiente, la STS (sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º) no admitía las características de la relación laboral en la relación interna entre el consejero y la sociedad. Posteriormente, en las SSTs (sala de lo Social) de 4 de junio de 1996 (FJ 1º); de 29 de enero de 1997 (FJ 2º); y de 30 de enero de 1997 (FJ 2º), reconocen la ajenidad de la actividad prestada del administrador, si bien se introduce una limitación, la participación mayoritaria en el capital social.

sin perjuicio de los pronunciamientos en materia de lo social sobre la posición del administrador con control. También, hay dependencia, tanto en la relación junta general-administrador, como en la relación consejo de administración-consejeros delegados. Además, el administrador puede ser retribuido o no y, claro está, es una actividad voluntaria, dado que el nombramiento debe ser aceptado y el administrador puede también dimitir²⁵³.

Para DURÁN-SINDREU BUXADÉ no debe confundirse la relación jurídica contractual existente entre el administrador, en su condición de tal, y la sociedad, de otras que pudieran surgir por la mera prestación de servicios (por ejemplo, la prestación de servicios profesionales a la sociedad de la que se es socio) o por el desempeño de funciones de naturaleza laboral (por ejemplo, Director de Recursos Humanos)²⁵⁴.

Apunta PAZ-ARES que las funciones inherentes al cargo de administrador son de contenido variable y dependen de la forma de organizar la administración de la sociedad en cada caso. La naturaleza jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad es un contrato de mandato en las formas de administración simples. Mientras que, en las formas de administración complejas, se distingue una doble relación: una de contrato de mandato y otra que, para las funciones ejecutivas, la califica de contrato laboral de alta dirección, opinión que compartimos²⁵⁵.

La posibilidad que el vínculo administrador-sociedad tenga naturaleza laboral hace necesario ahora determinar las características de la relación laboral, por ello es preciso acudir a ciertos preceptos de la normativa laboral. En primer lugar, el apartado c), del artículo 1.3 del ET, que excluye del ámbito del ordenamiento laboral “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”. Por su parte, el artículo 2.1 del ET, en su apartado a),

²⁵³ El art. 147 del RRM regula el contenido sobre la dimisión y el cese de los administradores.

²⁵⁴ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 103 y 104. El autor diferencia la tipología de las relaciones jurídicas entre el administrador y la sociedad y su fiscalidad.

²⁵⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit. pp. 59 a 61. El autor argumenta su tesis sobre la distinción en estructuras de administración complejas de una relación básica de mero consejero y una relación añadida de funciones ejecutivas, la primera es un contrato civil de mandato y la segunda, un contrato laboral de alta dirección.

considera relación laboral de carácter especial la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3., apartado c), del ET.

En segundo lugar, la regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección, considera como personal de alta dirección “a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”²⁵⁶. También se excluye del ámbito de aplicación de la relación laboral especial del personal de alta dirección la actividad delimitada en el art. 1.3.c), del ET²⁵⁷.

Y, en tercer lugar, en su artículo 1.2. letra c), el Estatuto del trabajador autónomo²⁵⁸, declara expresamente incluido en su ámbito la actividad de los administradores o consejeros que ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo, o presten otros servicios para la sociedad, con control efectivo, directo o indirecto, de aquella²⁵⁹, mientras que en su artículo 2 apartado b), excluye de su ámbito de aplicación la actividad de los miembros de los órganos de administración sin control, en los mismo términos que hace el art. 1.3.c) del ET.

Además, resulta interesante comprobar el encuadramiento de los administradores que realiza la LGSS a los efectos de su cotización a la Seguridad Social y la relación con las funciones atribuidas y el control de la sociedad que poseen. En el ámbito de su régimen general incluye como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, “los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control (...) cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma” Por su parte, en el régimen especial de

²⁵⁶ Según establece el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

²⁵⁷ De acuerdo con el contenido del ámbito de aplicación en el art. 1.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

²⁵⁸ El Estatuto del trabajador autónomo está contenido en la Ley 20/2007, de 11 de julio.

²⁵⁹ Para determinar el control efectivo de la sociedad se estará a lo establecido en el art. 305.2.b) de la LGSS.

trabajadores autónomos estarán siempre que posean el control efectivo de la sociedad²⁶⁰. A *sensu contrario*, quedan excluidos del sistema de la Seguridad Social la actividad delimitada en los términos del art. 1.3.c) del ET, es decir, por el mero desempeño del cargo de administrador.

Por lo tanto, avanzamos en nuestra idea de que la naturaleza de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad es mercantil pero también laboral cuando se realizan funciones delegables. Y, en la práctica empresarial, apreciamos que las funciones de dirección, gestión, administración y representación son ejercidas por personas denominadas personal directivo. De este modo, podemos considerar, de modo genérico, como personal directivo a las siguientes categorías:

- Personal de alta dirección (art. 2.1.a del ET);
- Consejeros o miembros del órgano de administración (art. 1.3.c del ET): y
- Directivos de régimen laboral común (art. 1.1 del ET).

De las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) que integran el cargo de administrador resultan coincidentes las ejecutivas con las propias de personal de alta dirección y aquí surge el conflicto, punto clave para determinar la naturaleza del vínculo sociedad-administrador: mercantil o laboral.

La alta dirección laboral tiene por objeto el ejercicio de los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que coinciden con los poderes de dirección, gestión, administración y representación correspondientes al administrador de una sociedad. En otras palabras, el problema surge cuando a la relación jurídica (orgánica) contractual de mandato del administrador con la sociedad se acumula una relación contractual laboral

²⁶⁰ Así lo regula el art. 136.2.c), sobre extensión del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, contenido en la LGSS. En sentido contrario, el campo de aplicación del RETA será obligatorio para los administradores o consejeros que desempeñen funciones de dirección y gerencia, o presten otros servicios para una sociedad, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella (art. 305.2.b) de la LGSS).

En todo caso, se entenderá que se posee el control efectivo de la sociedad cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Y, se presumirá, *iuris tantum*, cuando concurren algunas de las siguientes situaciones:

- como mínimo, la mitad del capital social pertenece a socios con los que conviva y estén unidos por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- su participación es igual o superior a la tercera parte del capital social.
- su participación es igual o superior a la cuarta parte del capital social, si ejerce funciones de dirección y gerencia.

de alta dirección o una relación (contractual) de prestación de servicios. Incluso se complica aún más afectando al régimen jurídico de las remuneraciones de los administradores, como por ejemplo, en las indemnizaciones pactadas por cese de los administradores si la naturaleza de la relación es laboral o mercantil. Por ello, la inclusión o no en el ámbito laboral debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo (y no al contenido de las funciones, que son coincidentes) y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad.

Así pues, la realización simultánea de actividades propias del órgano de administración y las de alta dirección comportan una calificación de la relación con la sociedad como mercantil o como laboral, atendiendo a la naturaleza del vínculo (relación administrador-sociedad). No ha sido pacífica la compatibilidad de ambas actividades, más aún cuando los consejeros o miembros de los órganos de administración quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (art. 1.3 del RD 1382/1985, de 1 de agosto) y también del ET (art. 1.3.c).

Cuestión distinta es cuando la naturaleza de la relación es laboral pero de carácter común, admitiendo simultaneidad con el desempeño del cargo de administrador de la sociedad, calificando a la relación jurídica existente como de naturaleza laboral. Recordemos que las notas características de la relación laboral común son: la ajenidad y la dependencia²⁶¹. En la relación laboral de alta dirección debe aparecer la nota de ajenidad, mientras que la dependencia se limita a las directrices de los órganos de administración de la sociedad.

Al respecto, RIBELLES ARELLANO y GIMÉNEZ RAMÓN comentan la exclusión o la inclusión del trabajador (gestor a la vez de una sociedad jurídica) en el ámbito laboral, dependerá de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que realice

²⁶¹ La literalidad de la norma sobre el ámbito de aplicación, art. 1.1 del ET, menciona las notas características de la relación laboral común. La ajenidad del trabajador que presta sus servicios voluntariamente y se le retribuye por ello; y la dependencia del trabajador dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empresario.

Los pronunciamientos del TS en materia social apuntan a la notas de ajenidad y dependencia en toda relación laboral, admitiendo algunas veces la nota de ajenidad en una relación laboral de alta dirección sin control efectivo de la sociedad. Entre otras muchas, STS de 20 de junio de 1995 (FJ 5º); de 29 de enero de 1.997 (FFJJ 5º y 6º); de 29 de diciembre de 1999 (FJ 2º); de 10 de julio de 2000 (FJ 2º); de 30 de abril de 2001 (FJ 3º) y de 11 de marzo de 2005 (FFJJ 3º y 4º).

la persona en el seno de la sociedad²⁶². En cada caso concreto, se habrá de analizar si concurren o no las notas de dependencia y de ajenidad. La dependencia, entendida como la situación del trabajador sujeto al órgano de administración de la sociedad y la ajenidad respecto al régimen de retribución.

Si acudimos al Alto Tribunal, nos encontramos que en la STS, sala de lo Social, de 29 de septiembre de 1988, se estableció los límites a la acumulación de una relación laboral. A raíz de esta sentencia, la doctrina del vínculo, ha impedido la entrada de los administradores en el ámbito laboral a través de un contrato de alta dirección²⁶³. El fundamento, insistía la sentencia, de la exclusión laboral “no está en la clase de funciones que realiza el sujeto (administrador), sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cuál las realiza.” Es decir, concluye el TS afirmando que “para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial (...) no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, (...), sino que la efectúe un trabajador, (...); y no un consejero en el desempeño de su cargo.”(FJ 2º).

Y, en la STS de 21 de abril de 2005, afirma que “no existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta “algo más”. Pero, aún existiendo “algo más”, para llegar a una actividad laboral se requiere ajenidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles.” (FJ 3º).

Criticamos estos pronunciamientos favorables a la llamada teoría del vínculo sociedad-administrador de indudable naturaleza mercantil y no laboral. Uno de los

²⁶² RIBELLES ARELLANO, J. M. y GIMÉNEZ RAMÓN, R.: “El órgano de administración de la sociedad”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, Tomo I, parte III, cap. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 629.

²⁶³ La base de la luego llamada doctrina del vínculo apareció con la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º), Sala de lo Social, conocida como caso Huarte, y que se desarrolló a finales de los años 90 por la jurisprudencia del TS. También, tuvo incidencia en la doctrina del vínculo la aprobación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección. Hasta entonces, se aceptaba la compatibilidad del cargo de administrador con la relación (orgánica) contractual de prestación de servicios. A partir de ese momento, la relación de prestación de servicios se configura como una relación laboral de alta dirección. Así, esta doctrina, que en el capítulo siguiente profundizaremos, abogaba por la coincidencia de la relación laboral de alta dirección con la relación mercantil por la aceptación del cargo de administrador. En tal sentido, el vínculo mercantil, dadas las funciones del cargo de administrador, absorbe el vínculo laboral. Véanse al respecto, las SSTS de 12 de marzo 1990 (FJ 2º); de 21 de enero de 1991 (FJ 2º); de 13 de mayo de 1991 (FJ 2º); de 22 de diciembre de 1994 (FJ 3º); de 16 de junio de 1998 (FJ 3º); de 2 de julio de 2001 (FJ 2º); y de 26 de febrero de 2003 (FJ 2º).

razonamientos de tal teoría se basa en que no existe en nuestro ordenamiento jurídico distinción entre las funciones propias del cargo de administrador (o del órgano de administración) y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (alta dirección laboral), por lo tanto, la relación sociedad-administrador es mercantil cuando se desempeñan simultáneamente funciones de administrador y de alta dirección o gerencia de la empresa²⁶⁴. Pues bien, tal argumentación debe ser corregida a partir de la entrada en vigor de la LSC de 2014, ya que distingue, como novedad, entre las funciones inherentes al cargo de administrador, en su condición de tal, y las funciones ejecutivas del administrador (propias de la alta dirección)²⁶⁵.

Así, podemos concluir afirmando que la relación jurídica del administrador con la sociedad se explica por la vinculación orgánica con la sociedad o contrato de mandato (derivada de la designación y aceptación del cargo de administrador) desarrollando las funciones inherentes al cargo; y por la vinculación contractual de la prestación de servicios (funciones ejecutivas o delegables), quedando unido mediante un contrato interno de naturaleza mercantil, y no de carácter laboral. No obstante, la naturaleza de la relación y de la posición de la persona que ejerce tales funciones o presta servicios en la organización de la sociedad determinará la inclusión o exclusión del ámbito laboral, como veremos en el siguiente apartado.

5.5.2.- La compatibilidad con la relación laboral.

Recordemos que las funciones propias de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son atribuidas a los administradores de las sociedades

²⁶⁴ Véase entre otras, las SSTS de 18 de junio de 1991 (FJ 3º); de 27 de enero de 1992 (FJ 6º); de 11 de marzo de 1994 (FJ 3º); de 20 de diciembre de 1999 (FJ 2º); de 20 de noviembre de 2002 (FJ 8º); de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); y de 26 de diciembre de 2007 (FJ 2º).

Posteriormente, las SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º y 13º), caso Mahou (por el nombre de la sociedad que originó tales pronunciamientos), recoge la jurisprudencia en el mismo sentido e incluso va más allá irrumpiendo en el ámbito tributario.

²⁶⁵ La LSC de 2014 modifica los arts. 217, sobre remuneración de los administradores; 249, sobre delegación de facultades del consejo de administración; y 249 bis, sobre facultades indelegables (del consejo de administración), de tal manera que parece que el legislador quiera separar las funciones no ejecutivas (propias del cargo de administrador) de las ejecutivas (propias de la alta dirección), afectando a la naturaleza de la relación sociedad-administrador.

(órganos de administración)²⁶⁶. Pero, en determinados casos, se concretan las funciones a realizar por el administrador, funciones ejecutivas o de gestión de empresa, mediante un contrato interno entre la sociedad y el administrador. De esta manera, se determinan las funciones específicas a desarrollar por el administrador, fijándose remuneraciones económicas por tales funciones (incluso pueden pactarse indemnizaciones para el caso de cese del administrador).

Por ello, es necesario tener presente que las funciones concretadas para el administrador son coincidentes con las de una relación laboral de alta dirección, y pueden llegar a ser incompatibles por ser estas funciones (ejecutivas) inherentes al cargo de administrador, prevaleciendo el vínculo mercantil que las asume, producto de su integración en el órgano de administración, sobre el laboral (es más, tales cometidos están excluidos por el ordenamiento laboral, como hemos comentado en el apartado anterior). Sin embargo, esta incompatibilidad se matiza para el caso de personal de alta dirección que realizan funciones ejecutivas (relación laboral especial de alta dirección), siendo miembro del órgano de administración de la sociedad. Esto es, se puede admitir la compatibilidad siempre que no exista un control directo o indirecto de la sociedad (control efectivo)²⁶⁷. Las únicas condiciones, en cumplimiento con el ordenamiento laboral²⁶⁸, por el ejercicio de las funciones ejecutivas propias de su cargo como alto directivo con su posición como administrador son: la dependencia (situación con respecto a los órganos de gobierno y administración societarios) y la ajenidad (régimen de remuneración y posición no dominante, sin control efectivo, en la sociedad). Por su parte, avanzar que no admite lugar a dudas la compatibilidad de una relación laboral común u ordinaria con el ejercicio del cargo de administrador social, en condiciones de ajenidad y dependencia.

²⁶⁶ Tal y cómo determina el art. 209 de la LSC sobre competencia del órgano de administración. No obstante, la LSC de 2014 ha determinado de una manera más completa las facultades del administrador con la modificación de los arts. 217, 225, 226, 236, 249 y 249 bis. De este modo, el legislador parece querer distinguir las facultades no ejecutivas, o propias del administrador en su condición como tal, de las ejecutivas.

²⁶⁷ Es importante acudir al ordenamiento laboral por si cabe la posibilidad de compatibilizar la naturaleza de la relación sociedad-administrador mercantil con la laboral de alta dirección. En este sentido, el control efectivo de la sociedad viene determinado en materia laboral por la LGSS en su art. 305.2.b) de la LGSS.

²⁶⁸ El art. 1.1 del ET menciona las notas características de la relación laboral común: En apariencia, tales notas serán las que deberá cumplir toda relación laboral especial de alta dirección.

En relación con esto, RIBELLES ARELLANO y GIMÉNEZ RAMÓN indican que con el acuerdo de nombramiento de administrador se concierta una relación contractual entre la sociedad y la persona nombrada que complementa el vínculo mercantil que de por sí ya existe entre dicha persona al acceder al cargo y la sociedad. Dicha relación contractual se calificará de arrendamiento de servicios y en ella toma principal trascendencia las condiciones económicas bajo las que el administrador asume la gestión de los asuntos sociales. Además, en lugar de una relación contractual vinculada a la pertenencia al órgano de administración pueda concurrir una relación contractual de prestación de servicios o puramente laboral en un administrador. Tal relación estará desligada de esa condición, y su objeto será la realización de tareas relacionadas con el objeto social pero diferente a aquella gestión esencial²⁶⁹.

Al respecto, la jurisprudencia del TS ha venido señalando que la relación interna entre administrador y sociedad es de carácter mercantil, incluyendo los contratos llamados de alta dirección, es decir, los contratos de prestación de servicios para funciones de alta gerencia y dirección empresarial ejercitados por los miembros del órgano de administración (administradores)²⁷⁰.

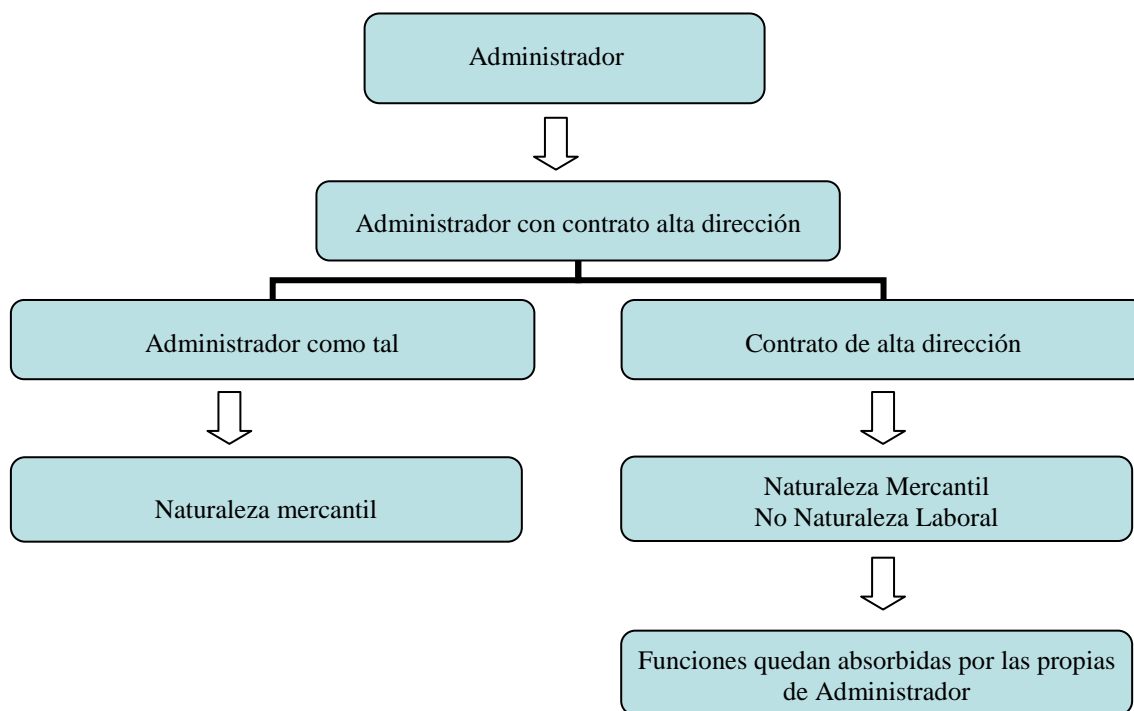
De esa misma opinión es la doctrina social del TS, sobre la incompatibilidad de la relación laboral y la mercantil del administrador con la sociedad. Así, en sentencia de 17 de julio de 2003 (FJ 2º) el Alto Tribunal apunta que “se han formalizado dos relaciones, una de administración social y otra de alta dirección. Pero estas relaciones son incompatibles, prevaleciendo la calificación mercantil de conformidad con una reiterada doctrina de esta Sala”²⁷¹.

²⁶⁹ RIBELLES ARELLANO, J.M. y GIMÉNEZ RAMÓN, R. “Los administradores: nombramiento, número y garantías”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, ob. cit., p. 638.

²⁷⁰ Al respecto véanse las SSTs de 27 de junio de 1989 (FJ 2º); de 7 de noviembre de 1990 (FJ 4º); de 16 de diciembre de 1991 (FJ 3º); de 30 de diciembre de 1992 (FJ 2º); de 22 de diciembre de 1994 (FJ 3º); de 16 de junio de 1998 (FJ 3º); de 9 de mayo de 2001 (FJ 2º), declara que “lo que determina la exclusión del ámbito laboral es la naturaleza del vínculo en virtud del cual el actor llevó a cabo las funciones para las que se le contrató, ocasionando su integración orgánica en la sociedad”; de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); de 12 de enero de 2007 (FJ 3º); y de 24 de abril de 2007 (FJ 4º).

²⁷¹ Recordemos que la incompatibilidad laboral del vínculo sociedad-administrador nace con la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º), conocida como caso Huarte, y con la aprobación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección. Consúltese las SSTs de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º); de 21 de enero de 1991 (FJ 2º); de 29 de abril de 1991 (FJ 3º); de 13 de mayo de 1991 (FJ 2º); de 3 de junio de 1991 (FJ 3º); de 18 de junio de 1991 (FJ 3º); de 27 de enero de 1992 (FJ 2º); de 22 de diciembre de 1994 (FJ 3º) y de 16 de junio de 1998 (FJ 3º); de 20 de diciembre de

Para una mejor comprensión de la doctrina del vínculo, que no compartimos del todo, respecto de los administradores de una sociedad con los que se ha formalizado un contrato laboral de alta dirección que supone el desempeño de las funciones propias de dicho cargo, sigamos el siguiente cuadro:



Esquema 3: La doctrina del vínculo.

Fuente: elaboración propia.

Pero en la práctica real, es habitual que miembros del órgano de administración de una sociedad realicen además de las que le son propias, tareas de alta dirección con características laborales. Por otra parte, también, sucede que trabajadores comunes (caracterizados por la dependencia y la ajenidad de la relación, a diferencia del personal de alta dirección) sean nombrados miembros del órgano de administración y compatibilicen ambos cargos. Aquí es donde surge la dualidad de funciones o actividad, ya que puede haber cierta coincidencia entre las actividades o funciones ejercidas por el órgano de administración y las del personal cualificado de alta dirección o las del

1999 (FJ 2º); de 20 de noviembre de 2002 (FJ 8º); de 17 de julio de 2003 (FJ 2º); de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); y de 26 de diciembre de 2007 (FJ 2º).

trabajador común. O dicho en otras palabras, se acumulan la condición de administrador y la relación contractual laboral de alta dirección o la relación laboral común.

Desde el momento que las funciones propias de alta dirección normalmente son atribuidas a los órganos de administración de las sociedades no puede existir una dualidad de actividades. Es decir, si miembros del órgano de administración social realizan funciones propias de personal de alta dirección, la relación que mantiene con la sociedad no puede calificarse, en este caso, de laboral sino de mercantil. Se produce pues, una simultaneidad entre su condición de administrador social y su relación laboral especial, por lo que ésta última queda absorbida por la primera²⁷².

Ahora bien, esta dualidad funcional, sobre la misma persona, realizando las funciones propias de los administradores y las del personal de alta dirección, depende de la naturaleza del vínculo de la relación (mercantil o laboral) y de la posición que ocupa la persona en el órgano societario. Por lo tanto, la relación contractual del vínculo se puede trasladar de una relación laboral de alta dirección hacia contratos de prestación de servicios o de empleo. De tal forma que la acumulación de cargo de administrador y de alto directivo se permite siempre y cuando vengán previstos en los estatutos sociales y regulados su doble remuneración²⁷³.

La doctrina PAZ-ARES considera que la teoría del vínculo no es del todo exacta, más bien, depende de la estructura de administración de la sociedad. De hecho, aclara que “la doctrina del vínculo es impecable e inobjetable en los supuestos en que el sistema de administración de la sociedad sea de administrador único (o incluso de dos administradores mancomunados o de varios administradores solidarios), pues en tal

²⁷² Véanse las SSTS sala de lo Social de 18 de junio de 1991 (FJ 3º), afirma que “las sentencias de la Sala de 29 de septiembre de 1988 y de 21 de enero de 1991 han establecido la doctrina de que la relación de colaboración en una determinada sociedad mercantil tiene en principio este exclusivo carácter en los casos de desempeño simultáneo de actividades de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa de la que aquella es titular”; y de 27 de enero de 1992 (FFJJ 1º y 2º); de 9 de mayo de 2001 (FJ 2º); de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); y de 12 de enero de 2007 (FJ 3º).

²⁷³ Es conocida la STS de 30 de diciembre de 1992 (FJ 2º), dónde se deniegan unas indemnizaciones por cese del consejero-delegado pactadas no previstas estatutariamente. Por el contrario, la STS de 9 de mayo de 2001 (FJ 2º), caso Mattel, que, dentro de un posible contrato de servicios, aceptan las indemnizaciones pactadas con un consejero-delegado, al margen de su previsión estatutaria. En la misma línea de argumentación, la STS de 27 de marzo de 2003 (FJ 4º), relativa al caso Leda. Pero, en la STS de 21 de abril de 2005 (FJ 3º), normaliza la cuestión, revisando la causa Mattel y manteniendo la naturaleza del vínculo (consejero-sociedad) de carácter mercantil y, así, evitar altas indemnizaciones al extinguirse la relación.

hipótesis las personas designadas para el puesto por la junta general están llamadas de ordinario a desempeñar personal y directamente las funciones ejecutivas necesarias para una ordenada administración de la sociedad. No ocurre así, sin embargo, en la hipótesis en que el órgano de administración de la sociedad esté configurado como consejo de administración, como sucede en la mayor parte de las empresas de cierto tamaño. Y no ocurre porque en estos casos el cometido inherente del cargo es distinto²⁷⁴. En su opinión, prosigue el autor, el error fundamental de la teoría del vínculo es “haber definido el cometido inherente al cargo de manera abstracta, tomando como referencia la categoría genérica de administrador y no la categoría específica de consejero”²⁷⁵.

Siguiendo con PAZ-ARES –para quien el cometido inherente al cargo de administrador depende de la forma que adopte el órgano de administración– indica que la clave está en la delegación de facultades. Si al administrador societario le compete la gestión de la sociedad, la función empresarial (funciones ejecutivas) se puede delegar en personas contratadas por la sociedad para esa finalidad. Por esto, en las organizaciones (de sociedades) simples (en las que existen un administrador único, los administradores solidarios y los conjuntos) se acumulan las funciones de gestión social y empresarial; mientras que en las organizaciones complejas (consejo de administración) se separan²⁷⁶. Así, en los casos de administrador único, administradores solidarios y mancomunados nos referimos a administradores en su concepto íntegro del término (funciones ejecutivas y no ejecutivas), mientras que en el de consejo de administración serían administradores no ejecutivos y con delegación de facultades ejecutivas.

Afirma PAZ-ARES que, en el consejo de administración, el consejero ejecutivo tiene una doble relación con la sociedad: una de administración originaria (como consejero) y otra de administración derivada (como delegado); aunque de igual carácter

²⁷⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit. pp. 22 y 28. Recordemos que para el autor el desempeño de la función ejecutiva no forma parte del cometido inherente al cargo de consejero (administrador).

²⁷⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit. p. 22. Lo que significa que el cometido inherente al cargo de administrador es un concepto variable que depende de la forma de la organización de la administración de la sociedad en cada caso.

²⁷⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit. pp. 27 y 28. El administrador no ejecutivo, nombrado por la junta de socios como consejero, se transforma en ejecutivo por decisión exclusiva del consejo de administración.

En las organizaciones simples, normalmente coinciden administradores y accionistas o (en las que) la concentración de propiedad permite que los accionistas desarrollen un control directo de los administradores. En cambio, cuando nos referimos a organizaciones complejas, existe una separación entre propiedad y poder.

contractual²⁷⁷. Nos referimos, tal y como ya hemos comentado, a una relación contractual de administración o de mandato (funciones no ejecutivas) y a una relación contractual de servicios (funciones ejecutivas).

De hecho, la doctrina PAZ-ARES encuentra su apoyo en la literalidad de la norma legal de los arts. 236.4 y 249 de la LSC de 2014, dónde el legislador diferencia las funciones ejecutivas para el caso de consejo de administración. Cuestión distinta es en los casos de organizaciones de administración societarias simples, pues resulta difícil discernir las funciones ejecutivas de las no ejecutivas. Pero que no se puedan separar las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) del cargo de administrador no significa que aquellas no sean diferentes; y abogamos porque las funciones ejecutivas queden al margen de las propias por su condición de tal (como administrador) con independencia del modo en que se organice la administración de la sociedad²⁷⁸. Y es aquí donde toma cuerpo el distinto régimen de remuneraciones que veremos en el próximo capítulo 6.

Como ya mencionamos en el apartado 5.5.1 anterior, las modificaciones de la LSC de 2014 apuntan a distinguir entre las funciones propias del cargo de administrador, en su condición como tal, de las funciones propias de administrador ejecutivo (o de alta dirección)²⁷⁹. Y es en esta separación de funciones donde puede tener cabida la relación laboral. En este sentido, podemos deducir las dos relaciones jurídicas existentes entre la sociedad y el administrador de diferente naturaleza:

- la relación orgánica en su condición de administrador como tal (mercantil); y
- la relación laboral común o la laboral de alta dirección (laboral).

La relación (jurídica sociedad-administrador) contractual de servicios (funciones ejecutivas) la podemos calificar como una relación laboral de alta dirección o como una laboral común, y pueden resultar compatibles con la relación societaria contractual

²⁷⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit., p. 28.

²⁷⁸ Resulta coincidente con la interpretación que propone DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 66 a 69. El autor confirma que en las estructuras simples de administración no se previene delegación de facultades para las funciones ejecutivas mientras que en las estructuras complejas sí (véase los arts. 249 y 249 bis de la LSC de 2014), pero ello no quiere decir que conceptualmente sean distintas a las funciones ejecutivas de las estructuras complejas.

²⁷⁹ Recuérdese las referencias que el nuevo texto de la LSC sobre los administradores en su condición de tales y a las funciones ejecutivas del administrador para el caso de consejo de administración (arts. 217.2 y 3, 236.4 y 249).

como administrador en su condición de tal, sea cual sea el órgano de administración de la sociedad. Veamos primero las razones que nos llevan a calificarla como relación laboral de alta dirección²⁸⁰:

- Las funciones ejecutivas de un administrador se relacionan con el ámbito de aplicación del personal de alta dirección²⁸¹;
- La exclusión del ámbito laboral de la actividad de mero desempeño del cargo como miembro del órgano de administración del art. 1.3.c del ET, es decir, de las funciones no ejecutivas del administrador;
- La exclusión de la relación laboral especial de alta dirección de la actividad del personal directivo de régimen laboral común; y
- La posición del administrador ejecutivo cumple las notas características de la relación laboral común; actúa en interés ajeno y sujeto a las instrucciones y supervisión del órgano de gobierno societario.

Y, también, se admite la compatibilidad de funciones con el desempeño del cargo de administrador con la existencia de una relación laboral de alta dirección del administrador social que no posea el control directo o indirecto de la sociedad, es decir, que no tenga la titularidad de la mayoría de acciones o participaciones (control efectivo) de la sociedad. En todo caso, lo determinante es si la actividad laboral de alta dirección se desarrolla al margen o no de su situación como administrador social. Se trata, en definitiva, de la independencia de la relación laboral de alta dirección frente a la del cargo de administrador societario²⁸².

²⁸⁰ Siguiendo la doctrina de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit, pp. 59 y 60, que compartimos, al calificar como contrato laboral de alta dirección a la relación subyacente a la delegación de facultades (relación contractual de servicios). Además, el autor aclara que si se cumple la presunción de laboralidad (art. 8.1 del ET) y se dan las características del contrato de alta dirección (art. 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto), estaremos ante una relación laboral, atendiendo al contenido y forma del contrato (según el art. 4.1 del mismo RD).

²⁸¹ Recordemos el ámbito de aplicación que contiene el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, considera a aquellos trabajadores que:

- ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de ésta; y
- Actúa con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitado por las directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la sociedad, que ocupe aquella titularidad.

²⁸² Existen muchos casos de admisión de la compatibilidad del cargo de administrador con la relación laboral. En concreto, destacamos algunos ejemplos:

- Una sociedad mercantil constituida sólo por trabajadores que, a su vez, tienen, cada uno de ellos, una participación mínima e igual en el capital social, lo que les impide controlar individualmente la sociedad, y con la cautela adicional de que las facultades de gestión les son otorgadas

En segundo lugar, la relación contractual de servicios administrador-sociedad será calificada como una relación laboral común bajo las concretas características como son la ajenidad y la dependencia²⁸³, admitiéndose sin ninguna duda en este caso la compatibilidad del cargo de administrador con esa relación laboral común. De esta manera, se puede tener la condición de miembro de órgano de administración social y realizar las tareas de gestión de dirección empresarial (funciones ejecutivas o delegadas) en el marco de una relación laboral, al mismo tiempo.

Parece claro que ofrece menos problemas la acumulación del cargo de administrador con una relación laboral común. La actividad del trabajador se puede calificar como dependiente, ya que se realiza al margen de su posición como administrador, y, además, con carácter de ajenidad (trabajador por cuenta ajena en el Derecho Laboral), mediante un régimen de retribución por esta actividad. También, resulta interesante saber que el trabajador (y administrador social) no tenga poder predominante en el capital social ni posición dominante en el órgano de administración de la sociedad (control efectivo). *Ergo*, en este sentido, cabe admitir el ejercicio simultáneo del cargo de administrador social con la actividad derivada de una relación laboral común.

En este punto, existe una marcada línea jurisprudencial que admite esta compatibilidad de la relación contractual orgánica interna y societaria (mercantil) y la laboral, siempre que puedan calificarse de contratos de trabajo común²⁸⁴.

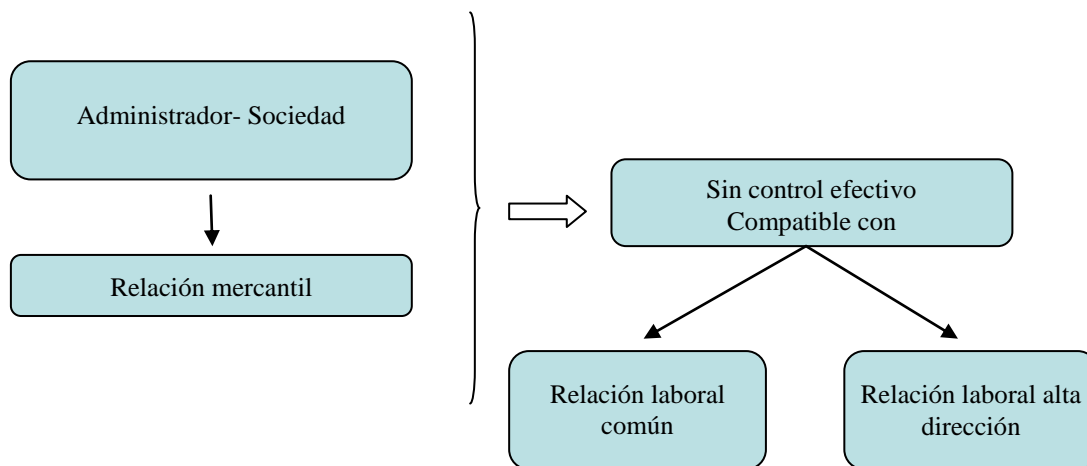
mancomunadamente (SSTS de 14 de octubre de 1998 (FJ 3º); y de 20 de octubre de 1998 (FFJJ 3º y 4º)).

- Director de marketing que, tras su nombramiento como miembro del órgano de administración, continua siendo retribuido como tal y ejerciendo funciones propias de aquel puesto de trabajo, actividad que continua desarrollando una vez nombrado subdirector general, sometido a control y supervisión del presidente de la sociedad y del director general (STSJ Asturias de 21 de julio de 2000 (FJ 3º)).
- Socio y consejero con trabajo por cuenta ajena, al que ni el porcentaje de participación en el capital, ni la posición en el consejo, atribuyen una posición dominante (STSJ Burgos de 10 de abril de 2000, FJ 2º); y las SSTS de 30 de enero de 1997 (FJ 3º); de 29 de septiembre de 2003 (FJ 4º); y de 26 de diciembre de 2007 (FJ 2º)).

²⁸³ EL ET comprende a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios remunerados por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (física o jurídica) que se denominará empresario o empleador (art. 1.1).

²⁸⁴ Véanse las SSTS (sala de lo Social) de 18 de junio de 1991 (FJ 3º) que afirma lo siguiente: “sólo 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 laboral.”; de 14 de junio de 1994 (FJ 2º); de 20 de octubre de 1998 (FFJJ 3º y 4º); de 24 de octubre de 2000 (FJ 2º); de 2 de julio de 2001 (FJ 2º); de 26 de diciembre de 2007 (FJ 2º); y la de 9 de diciembre de 2009 (FJ 5º), señala que “si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación

El siguiente cuadro proponemos la compatibilidad de las funciones de administrador (relación de naturaleza mercantil) con las de una relación laboral común y de alta dirección por las funciones delegadas (ambas de naturaleza laboral):



Esquema 4: La compatibilidad de las funciones del administrador societario.

Fuente: elaboración propia.

Concluimos que, habiendo compatibilidad funcional de una relación mercantil con una relación laboral común, se trata pues de determinar si las funciones que se realizan como personal de alta dirección son con independencia o no de su posición como administrador de la sociedad. En este caso, una relación laboral de alta dirección que desempeña actividades de ejecución o delegadas (administrador ejecutivo) debe entenderse que su vínculo con la sociedad es de naturaleza laboral y compatible con la relación mercantil por su condición de administrador como tal, al menos si no hay control efectivo de la sociedad.

Por lo tanto, recomendamos revisar la teoría del vínculo (sociedad-administrador) de naturaleza mercantil y no laboral para cuando nos referimos a una relación de alta dirección, de modo que defendemos la compatibilidad de la condición de administrador social y una relación laboral de alta dirección desarrollada como consecuencia del ejercicio de actividades ejecutivas (o delegadas) dentro de la gestión de empresa, que

interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral". También las SSTSJ de Madrid de 17 de junio de 2005 (FJ 1º) y de 28 de junio de 2005 (FJ único).

consideramos de naturaleza laboral. Además, las modificaciones de la LSC de 2014 han resultado acertadas y van en la línea de nuestra interpretación al separar las funciones del administrador en su condición de tal de las funciones del administrador ejecutivo. Aunque, criticamos que la reforma se ha quedado corta, principalmente porque no ha abundado en la diferencia entre la gestión de empresa (funciones ejecutivas) y la gestión social (funciones no ejecutivas) del administrador de la sociedad. Y después, porque sólo parece quedar claro que para las estructuras societarias que se conformen como consejo de administración la separación de funciones (ejecutivas y no ejecutivas) es palmaria, pues la LSC de 2014 contiene expresamente la delegación de facultades ejecutivas.

En cambio, para el resto de modos de organizar la administración no existe la posibilidad legal de delegar tales funciones. Pero que no exista, no quiere decir que no se deba distinguir entre funciones ejecutivas y no ejecutivas en las propias de un administrador como tal. Y tal distinción de funciones y la naturaleza de la relación sociedad-administrador incide directamente en el sistema de remuneración por unas y otras funciones. En todo caso, entendemos que las funciones ejecutivas, sólo por el hecho de que pueden delegarse a terceros, deberían quedar fuera de las propias del desempeño del cargo de administrador.

Finalmente, apuntar que la compatibilidad de la relación de naturaleza mercantil con una de laboral en un mismo administrador societario ha sido tema de debate jurisprudencial, como se ha apreciado, y, más aún, sus consecuencias y efectos en el ámbito tributario, según como se determine el régimen de remuneración de los administradores. Pues, como veremos con posterioridad en el capítulo 7 y ss. del presente trabajo, la llamada teoría del vínculo resulta punto de conflicto entre las sociedades y la AEAT²⁸⁵.

²⁸⁵ En este aspecto, es interesante el estudio realizado por RUIZ HIDALGO, C., profesora de Derecho Financiero y Tributario, sobre la teoría del vínculo y la retribución de los administradores, en *“La retribución de los administradores después de las sentencias Mahou”*, Revista Técnica Tributaria, núm. 95, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pp. 49 a 69.

6.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.

Históricamente siempre ha existido la preocupación por el gobierno y gestión de las sociedades, así en origen se trataba de buscar mejoras para evitar o corregir las crisis financieras que se iban sucediendo en el tiempo. A partir de los años 90 toma cuerpo el concepto de gobierno corporativo²⁸⁶ a través del cual se trata de gestionar los diferentes intereses entre la propiedad y la administración de la sociedad, y la falta de información y transparencia, sobretodo en el gobierno de las sociedades cotizadas. En concreto, se propugnan medidas de control y criterios en el mejor interés de la sociedad que contribuyan a un buen gobierno corporativo. Los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización de los mercados han generado una mayor tendencia por la mejora del gobierno corporativo de las sociedades²⁸⁷.

Desde la crisis económica y financiera del año 2007, se han unido otras preocupaciones como la remuneración y la profesionalización de los administradores societarios, incluso se ha ido extendiendo el interés por el buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas a las no cotizadas. Precisamente, en este capítulo trataremos de la problemática de la remuneración y su régimen de aplicación distinto según las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) ejercidas por el administrador. Las políticas de remuneración de los administradores inciden directamente en el rendimiento de la sociedad y dada la situación económica por la que han ido atravesando las sociedades, ha motivado una reflexión sobre la remuneración, cuestionándose el importe de las mismas, su régimen y su certera regulación. Así, el logro debería ser un equilibrio

²⁸⁶ La preocupación por el gobierno corporativo de las sociedades aparece por primera vez en el informe Cadbury (Londres, 1992) que recomendaba buenas prácticas para mejorarlo, ante los escándalos financieros provocados por el sistema de *corporate governance* establecido, véase en <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

No obstante, encontramos cierto interés por el buen gobierno corporativo en las sociedades norteamericanas, allá por los años 50 y 70, siempre después de crisis financieras y económicas.

²⁸⁷ Las iniciativas españolas en materia de buen gobierno de las sociedades se ha visto reflejado en la creación de informes técnicos y elaboración de propuestas, recomendaciones y normas, como el Código Olivencia de 1998, Informe Aldama de 2003, el Código Unificado de buen gobierno (2006), el nuevo Código Unificado de buen gobierno (2015) y, destacamos entre otras, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, que modifica la LMV; la Ley 26/2003, de 17 de julio, que reforma la LMV y la LSA; la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma de la LSC de 2010; la Ley 10/2014, de 6 de junio, para la ordenación y disciplina de la actividad bancaria; y la LSC de 2014.

adecuado entre una retribución justa de los administradores, por su actividad de gestión y representación de la sociedad, y las expectativas de beneficios de la sociedad.

Además, la insuficiente regulación existente en nuestro derecho sobre la remuneración de los administradores, su incidencia en otras materias como civil, laboral y tributaria y la necesidad de proteger los intereses de socios (sobre todo la minoría), de la sociedad y de los terceros relacionados inciden directamente en la fijación de la remuneración de los administradores societarios.

Ante esta situación, la modificación de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo, recoge de manera acertada la preocupación por las cuestiones relativas a las remuneraciones y profesionalización de los administradores y personal directivo²⁸⁸. En ese sentido, adquiere especial trascendencia la nueva regulación de las remuneraciones de los administradores, si bien se mantiene la formulación de gratuidad del cargo excepto que los estatutos sociales determinen el sistema de remuneración, como veremos en el presente capítulo²⁸⁹. El objetivo de la reforma en esta área es adaptar las políticas de retribuciones y adecuarlas a la situación económica de la sociedad, a los estándares de mercado, con una mayor transparencia y con un menor conflicto de intereses; y orientada a impulsar la sostenibilidad de la sociedad.

Afirma SANJUÁN Y MUÑOZ que la retribución es un estímulo positivo, atendiendo a la responsabilidad exigible, en una sociedad cada vez más compleja y se convierte en condición necesaria para la aceptación del cargo de administrador. Y esto es así, dado que la prestación de servicios propios del órgano de administración viene a copar la actividad propia de las personas que lo desempeñan²⁹⁰.

²⁸⁸ Recordemos como en el capítulo 3 del presente trabajo, la LSC de 2014 incorporaba modificaciones relativas a las funciones, deberes y responsabilidades de los administradores (en general) en la búsqueda de una mayor transparencia y confianza, desde una óptica de mayor profesionalidad para el cargo de administrador de la sociedad. Como bien apunta MEMBRADO HERRERA, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, ob. cit., p. 116, la reforma de la LSC pretende delimitar un código ético del administrador de la sociedad.

²⁸⁹ En su ap. VI el preámbulo de la LSC de 2014 destaca la enorme preocupación por el equilibrio que debe existir entre, por un lado, la remuneración de los administradores y, por el otro el interés de la sociedad y sus socios. Para ello “la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas.”

²⁹⁰ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L.: *Órganos de la sociedad de capital*, ob. cit, p. 823.

Compartimos con SÁNCHEZ CALERO que es necesario retribuir a los administradores como contrapartida a las prestaciones de servicios a la sociedad y a las responsabilidades que asumen. Si bien, y por otra parte, las remuneraciones excesivas gravan el funcionamiento de la sociedad y, además, disminuyen su rentabilidad²⁹¹. Además, resulta necesario guardar una correlación con la evolución real de la empresa y la defensa del interés de la sociedad²⁹².

Al respecto, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE señala que el debate sobre la regulación del régimen de remuneración de los administradores es de suma importancia en la organización de las sociedades de capital. La remuneración de los administradores plantea en sí misma problemas jurídicos que deben tratarse desde argumentos jurídicos propiamente²⁹³. De este modo, cuando se habla de remuneración de los administradores, lo determinante es saber qué se entiende por remuneración.

De cuanto hemos manifestado nos motiva para que en el presente capítulo, una vez analizada la naturaleza de la relación sociedad-administrador por las funciones que se desarrollan en el ejercicio del cargo, se examinen las diferentes remuneraciones en las sociedades de capital por las distintas funciones (ejecutivas y no ejecutivas) y su relación con la teoría del vínculo, es decir, los aspectos jurídicos de la remuneración de los administradores como uno de los objetivos de nuestro trabajo. Para ello haremos un repaso evolutivo por la normativa sobre el concepto de remuneración. Más tarde desarrollaremos los aspectos relevantes que envuelven a la remuneración, los conceptos que la integran, su importe y a los administradores que principalmente afecta, en función de la naturaleza de la relación: laboral o mercantil, que tengan con la sociedad y la posición que ocupen en la organización de la sociedad (doctrina del vínculo). Y concluiremos con el estudio de los sistemas de remuneración recogidos expresamente en la LSC de 2014, como son mediante participación en beneficios y la vinculada a las

²⁹¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit, p. 266.

²⁹² De igual modo, TERUEL LILLO, E. J.: “Modificaciones en el régimen de los consejos de administración” en JORDÁ GARCÍA, R Y NAVARRO MATAMOROS, L., *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Ed. Dykinson, Madrid 2015, p. 154, mantiene que el régimen de remuneración de los administradores debe guardar equilibrio entre la justa compensación por el servicio que presta y la necesidad de evitar perjuicios patrimoniales a la sociedad por razón de aquella remuneración.

²⁹³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. C.: *Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros*, intervención en el Congreso Internacional de Derecho de Sociedades, Madrid, abril 2010, pp. 6 y 7.

acciones de la sociedad; y otros sistemas posibles que proponemos. Conviene recordar que en el presente análisis nos centraremos en lo relativo a las sociedades de capital y, en concreto, las SA y las SL no cotizadas.

En los próximos capítulos introduciremos las implicaciones fiscales del régimen jurídico de las remuneraciones de los administradores desde el ámbito de varios tributos, como adelanto comentar que la previsión en los estatutos sociales de la remuneración hace que ésta sea un gasto para la sociedad en el IS y para los administradores la percepción de la misma tiene la consideración de rendimientos del trabajo personal en el IRPF.

6.1.- LA EVOLUCIÓN NORMATIVA.

Históricamente la LSA de 1951 (en su art. 74) representó un avance importante, respecto al régimen del CCom²⁹⁴, al exigir la fijación de la retribución de los administradores en los estatutos. La finalidad de dicho precepto era proteger los intereses de los administradores y de los accionistas.

Con la LSA de 1989, el régimen de la remuneración de los administradores queda contenido en su art. 130. El citado precepto de la LSA exigía que “la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos”, reproduce en su primer párrafo el vetusto art. 74 de la LSA de 1951. Con posterioridad se introduce de manera oportuna un segundo párrafo al mencionado artículo, como consecuencia de la utilización abusiva de las remuneraciones por medio de opciones sobre acciones²⁹⁵. En cambio, en el tenor literal del art. 9 de la LSA, que describe las menciones de los estatutos, en su apartado h), se aludía al “sistema de retribución” en lugar de a “la retribución”, a que se refería el art. 130 del mismo texto legal. El término “sistema de retribución” se encuentra asimismo en el RRM vigente (art. 124.3 del RRM)²⁹⁶.

²⁹⁴ El CCom recogía en el modificado art. 122.3 una referencia a la administración de la sociedad que encargaba su gestión social a mandatarios, y éstos funcionaban como comisionistas en los actos de comercio.

²⁹⁵ La Ley 55/1999, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, introduce por la DA 19.dos, el segundo párrafo, al art. 130 de la LSA, de retribución mediante acciones.

²⁹⁶ Cabe señalar que la interpretación reglamentaria del término “forma de la retribución” efectuada en el art. 102 del RRM de 1956, en relación con la reserva estatutaria del art. 74 de la LSA de 1951, el art. 9 de

Por su parte, el régimen de remuneración de los administradores de la SRL se regía, de una forma más acertada a nuestro entender, por lo establecido en el art. 66 de la LSRL, bajo la rúbrica de “carácter gratuito del cargo”, salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario, “determinando el sistema de retribución”.

Posteriormente, la LSC, en vigor desde el 1 de septiembre de 2010, procede a refundir en un único texto las normas legales de las sociedades de capital, aunque criticamos que se limitara a reproducir las reglas objeto de la refundición y no se aprovechara la situación para elaborar normas más precisas para generar confianza y transparencia, en definitiva, valor de empresa (sociedad). Tal es el caso que el propio régimen de remuneración se unifica sobre el cargo de administrador sin más y sólo cuatro años después sufre una reforma con la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo. Por lo tanto, los arts. 217, 218 y 219 de la LSC de 2010 contienen de forma refundida la remuneración de los administradores de las SA y de las SL, regulando su remuneración con carácter general, mediante participación en beneficios o no y mediante la entrega de acciones, respectivamente.

En la LSC de 2010, el art. 23, ap. e) determina que los estatutos han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital y en ellos se hará constar “el sistema de retribución, si la tuvieren” (de los administradores). Del mismo modo, el art. 217.1 del mismo texto legal dispone que “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución”²⁹⁷.

Por lo que tenemos que el régimen sobre la remuneración de los administradores queda establecido en el art. 217 de la LSC de 2010, completándose con la referencia incluida en el art. 23, ap. e) y con la establecida para la memoria en el art. 260.9ª de la LSC de 2010, según la cuál, deberá contener en ésta “el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal

la LSA de 1989 retomó esa interpretación, por un expresión semántica equivalente, “sistema de retribución”.

²⁹⁷ Resulta coincidente el contenido del art. 217.1 de la LSC con la misma redacción del anterior art. 66.1 de la LSRL.

de alta dirección y los miembros del órgano de administración”, e indica que “estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo”²⁹⁸.

Finalmente, la modificación de la LSC del año 2014 para la mejora del gobierno corporativo²⁹⁹ cambia el redactado de modo más preciso y ordenado, y se incorporan novedades en los arts. 217, 218 y 219 con la LSC de 2014, estableciendo la nueva regulación de la remuneración de los administradores, aunque censuramos que se haya perdido la oportunidad de aclarar las funciones del cargo de administrador diferenciando la gestión de la empresa de la gestión social para así determinar el régimen de remuneración en uno u otro sentido. Si bien, se mantiene el principio de gratuidad del cargo de administrador del art. 217.1 de la LSC de 2010, y, para el caso de que sea remunerado, sigue exigiendo la constancia en los estatutos sociales del “sistema de remuneración”, cambiando la denominación anterior de “sistema de retribución”³⁰⁰. En cambio, como novedades positivas, el art. 217 incorpora los conceptos retributivos del sistema de remuneración (art. 217.2)³⁰¹; el importe máximo anual y distribución de la retribución (art. 217.3)³⁰²; y la proporcionalidad de la remuneración (art. 217.4)³⁰³.

Resulta innovadora la mención que la nueva norma efectúa sobre la remuneración de los administradores por su condición de tales (arts. 217.2 y 3), es decir, tal expresión se incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento y parece apuntar hacia la separación de las funciones inherentes al cargo de administrador o, como ya hemos comentado en páginas anteriores, funciones no ejecutivas (facultades indelegables) de las funciones ejecutivas (o delegables). Esto es, la remuneración del administrador por

²⁹⁸ El texto que se transcribe del art. 260.9ª de la LSC corresponde a su redacción original de 2010 y que se mantiene, si bien el precepto se ha modificado por la disposición final 4.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, renumerándose como art. 260.11ª de la LSC de 2014.

²⁹⁹ La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, incorpora una novedosa regulación de las remuneraciones de los administradores.

³⁰⁰ La nueva redacción del art. 217.1 de la LSC de 2014 estipula que “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración”.

³⁰¹ El nuevo art. 217.2 de la LSC de 2014 incorpora una enumeración, no a modo de *numerus clausus*, de los sistemas de remuneración a constar en los estatutos sociales, si el cargo de administrador es remunerado.

³⁰² Con el art. 217.3 de la LSC de 2014 se incorpora el importe máximo de la remuneración que el conjunto de los administradores recibirán cada año, aunque requiere la aprobación por la junta general del citado importe máximo. Mientras la junta general no determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se acordará por éstos; y, para el caso de consejo de administración, deberá tenerse en cuenta las funciones y responsabilidades de cada consejero.

³⁰³ El art. 217.4 de la LSC de 2014 añade el principio de proporcionalidad razonable de la remuneración, de acuerdo con la situación económica y patrimonial de la sociedad dentro de los estándares de mercado.

las funciones no ejecutivas, como veremos en el apartado 6.2.3 sobre el ámbito subjetivo de la remuneración.

Con respecto a los arts. 218 y 219 de la LSC de 2014, se regulan expresamente, y en precepto separado, dos sistemas de remuneración como son el de mediante participación en beneficios y el vinculado a las acciones de la sociedad, respectivamente, modificando su redactado de manera conveniente para una mejor comprensión e información³⁰⁴.

Conviene destacar la nueva regulación del consejero con facultades ejecutivas del art. 249 en sus apartados 3 y 4 (nos referimos a estructuras organizadas como consejos de administración). De modo que aplaudimos el acierto de la norma para que la relación entre la sociedad y el consejero ejecutivo se concrete necesariamente en un contrato dónde se detallen los conceptos retributivos por sus funciones ejecutivas. Asimismo, el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general³⁰⁵.

Por último, el régimen de la remuneración de los administradores se consuma con la mención que debe contener la memoria de la sociedad sobre los conceptos retributivos originados anualmente por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración (art. 260.11ª de la LSC de 2014). Además, se tendrán en cuenta las normas contables y fiscales que condicionan las cláusulas estatutarias, como así veremos.

6.2.- LA REMUNERACIÓN.

La LSC de 2014 contiene la reforma del régimen jurídico de remuneraciones de los administradores de las sociedades de capital. Por ello, resulta necesario recordar que

³⁰⁴ La regulación del sistema de remuneración mediante participación en beneficios, art. 218 de la LSC de 2014, mantiene las cautelas y límites, incorporando un ap. 1 informativo sobre este sistema. En cambio, el art. 219. de la LSC de 2014 cambia la rúbrica anterior “Remuneración mediante entrega de acciones” por la de “Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad”, variando el redactado para una mejor comprensión y mayor información sobre este tipo de remuneración.

³⁰⁵ No obstante, para las sociedades no cotizadas, la remuneración de las funciones ejecutivas en el caso de consejo de administración, no tiene la obligación de aprobar una política de retribuciones. En cambio, las sociedades cotizadas necesariamente aprobarán la política de remuneraciones de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas (arts. 529 octodecimos y novodecimos de la LSC de 2014).

estudiaremos las cuestiones retributivas con respecto a las sociedades no cotizadas, en concreto, las SA y SL, dado que ese es el ámbito de estudio del presente trabajo.

Podemos decir que la remuneración de los administradores de la sociedad se fundamenta en las siguientes reglas, que iremos desarrollando en este capítulo:

- La presunción de gratuidad del cargo;
- La libertad de sistema de remuneración; y
- La determinación estatutaria.

Pues bien, a partir de las consideraciones evolutivas de la normativa, que hemos explicado en el apartado anterior, sobre el régimen de la remuneración de los administradores, creemos necesario definir el concepto de remuneración, y como se trata indistintamente con el término de retribución, para desarrollar el ámbito de tal remuneración y los problemas jurídicos que comporta su análisis.

6.2.1.- La retribución vs la remuneración.

La LSC y el RRM se refieren a los conceptos de “retribución” y de “remuneración” como sinónimos así considerados. Si buscamos una definición del vocablo “retribución” nos encontramos que proviene del latín *retributio* y puede ser entendido como recompensa o pago de algo³⁰⁶. Por su parte, el concepto de “remuneración”, deriva del latín *remuneratio* y significa aquello que se da o sirve para remunerar o “retribución”³⁰⁷. Si nos trasladamos al terreno económico, también encontramos paralelismos y podemos definir remuneración como la retribución por la prestación de un servicio derivado de una relación contractual, generalmente se aplica al pago de sueldos y honorarios a los trabajadores y puede ser en dinero o en especie³⁰⁸. Del mismo modo, retribución sería la compensación o remuneración obtenida por la realización de una obra o la prestación de un servicio, en un sentido más restringido se utiliza como sinónimo de salario³⁰⁹.

³⁰⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

³⁰⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

³⁰⁸ Consúltase Diccionario de Economía, Economía 48. Disponible en <http://www.economia48.com/>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

³⁰⁹ Consúltase Diccionario de Economía, Economía 48. Disponible en <http://www.economia48.com/>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

Y en el ámbito jurídico, los términos “retribución” y “remuneración” (o “recompensa”) no tienen el mismo matiz. Así, el “pago” se refiere a unos supuestos concretos civiles³¹⁰, mientras que la “recompensa” tiene matices de vinculaciones unilaterales o de obligaciones legales³¹¹.

Si bien se podría considerar el concepto de “retribución” como percepción económica por razón de su cargo, por analogía con el concepto legal de salario, establecido en el artículo 26.1 del ET. Lo cierto es que, en el derecho societario, las funciones de gestión y representación, los deberes y obligaciones y, en definitiva, la naturaleza de la relación sociedad-administrador, determinan un concepto diferente de retribución-remuneración³¹².

En este sentido, SANJUÁN Y MUÑOZ afirma que la retribución de los administradores no se realiza en atención a los servicios y las funciones que éstos realizan sino de la “recompensa” por dichas funciones en relación a la más justa retribución que se pueda alcanzar, dadas las circunstancias sociales, tanto por lo estipulado en los estatutos dentro del marco legal, como por la situación societaria concreta en el momento en que se tome el acuerdo³¹³. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE señala que la retribución es una cuestión delicada anclada en el núcleo de la relación de los administradores frente a la sociedad. Es más, considera que determinar la retribución implica elegir entre fórmulas de resultados, de asignación de rentas, de intereses creados, de gestión de capital humano, entre otros aspectos para optar por una determinada política³¹⁴.

Por lo tanto, hemos de ser conscientes que la remuneración de los administradores es un problema económico y societario, lleno de conflicto de intereses, dónde intervienen socios, administradores y terceros relacionados. Claro está que la persona que ostenta el cargo de administrador quiere legítimamente ganar más dinero por el desempeño de las funciones encomendadas, pero las remuneraciones excesivas afectan

³¹⁰ El CC en su art. 1156 de la extinción de las obligaciones.

³¹¹ El art. 1089 del CC establece las fuentes de las obligaciones, pero dicho art. no excluye la existencia de otros hechos o actos, como la propia voluntad unilateral.

³¹² Hasta la reforma de la LSA de 1989, el art. 122.3 del CCom determinaba la persona del administrador como “mandatario”, por lo que, en los actos de comercio funcionaba como un comisionista, con derecho a premio (art. 277 del CCom) y satisfacción de gastos y desembolsos (art. 278 del CCom).

³¹³ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”,..., ob. cit., p. 827.

³¹⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. C.: *Norma y autorregulación en la configuración...*, ob. cit., pp. 11 y 12.

al desarrollo de la sociedad, ya que se disminuye su rentabilidad. Por lo que el ordenamiento jurídico debe impedir que el propio administrador por sus funciones inherentes al cargo establezca su propia remuneración o que la consecución de la retribución condicione la gestión de la sociedad. Como acertadamente ha incorporado la LSC de 2014 la remuneración de los administradores respetará una proporción razonable según la situación económica y patrimonial de la sociedad y dentro de los estándares de mercado³¹⁵.

Con la modificación de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo se introducen cambios pertinentes en el redactado de los preceptos sobre la remuneración de los administradores, de manera que se intuye cierta concreción y ordenación positiva de los términos de “remuneración” y “retribución”. Derivado de ello, interpretamos la remuneración, en sentido general, como la suma total de la contraprestación por los servicios (de los administradores) que se determina en un sistema de remuneración y contiene, en sentido particular, el concepto o los conceptos retributivos a percibir en su condición de tales.

Si analizamos la regulación sustantiva contenida en la normativa societaria, la remuneración de los administradores societarios incluye los conceptos retribuidos que la integran, es decir, la modalidad o sistema de remuneración. En este sentido, el art. 217 de la LSC de 2014 afecta a todos los administradores, en relación con la remuneración por el desarrollo de sus funciones y relaciones de su condición para con la sociedad, determinando el sistema de remuneración. Es decir, este sistema incluirá el concepto o los conceptos retributivos a recibir por los administradores en su condición de tales. El marco legal se compone, además del citado precepto, del art. 23 apartado e) de la LSC de 2010 (y de 2014), dónde es de obligada mención la estructura del órgano de administración y el sistema de retribución, y si procede de los arts. 218 y 219 de la LSC de 2014, que delimitan algunos apartados concretos de determinados sistemas de remuneración, de tal forma que aparecen así los límites legales a tales sistemas. Por su parte, los arts. 124.3 y 185.4 del RRM señalan la previsión estatutaria del sistema de retribución de los administradores, si la tuvieren.

³¹⁵ El art. 217.4 de la LSC de 2014 regula el principio de proporcionalidad razonable, de modo que la remuneración de los administradores debe tener en cuenta: la identidad de la sociedad, la situación económica de la sociedad, los estándares de mercado y la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad.

En suma, la expresión “sistema de remuneración”³¹⁶ o “sistema de retribución”³¹⁷ concepto, a nuestro entender, poco determinado e indefinido porque la LSC no deja claro si el administrador puede o no recibir retribuciones al margen de su condición por relaciones laborales (de alta dirección o común) por los servicios prestados a la sociedad. Tampoco la LSC de 2014 al insertar, al respecto de la remuneración de los administradores, la expresión “en su condición de tales” aclara si se refiere por sus funciones ejecutivas o no ejecutivas. Cuestión distinta es para el caso de consejo de administración que no admite duda alguna, art. 249 de la LSC de 2014, sobre delegación de facultades³¹⁸. Además, para algunos sistemas de remuneración no se dice nada sobre el órgano social (junta general u órgano de administración) que deba acordar la remuneración, aunque sí se limita el importe máximo anual de aquella, que deberá ser aprobado por la junta general (art. 217.3 de la LSC de 2014). También, se determinan unas concretas instrucciones cuando las remuneraciones sean mediante participación en beneficios (art. 218 de la LSC de 2014) y vinculada a las acciones de la sociedad (art. 219 de la LSC de 2014). En el primer caso, la participación en beneficios pretende estimular a los administradores vinculando su remuneración a la obtención de un resultado favorable de la sociedad. Y, en el segundo caso, la entrega de acciones al administrador (como sistema de remuneración que sólo afecta a las sociedades anónimas), su implantación ha sido, prácticamente, limitada a las sociedades cotizadas. Pero, estas son cuestiones sobre las que volveremos al tratar los sistemas de remuneración en el último apartado del presente capítulo. En definitiva, lo que es manifiesto es la concreta exigencia estatutaria del sistema de remuneración.

En este punto, criticamos la poca precisión en la terminología de las palabras utilizadas por el legislador. A lo largo de la evolución normativa mercantil se han ido sucediendo los conceptos “forma”, “sistema”, “retribución” y “remuneración”, tal vez

³¹⁶ Por el término adoptado tras la nueva redacción del art. 217 de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo.

³¹⁷ La expresión “sistema de retribución” ha supuesto una modificación de la previsión existente en el art. 102 ap. h) del RRM de 1956 que refería a “la forma de retribución, si la tuvieren”. En el RRM de 1989, en el art. 124.3, ya aparece con la expresión actual de “sistema de retribución”, siguiendo el texto del art. 9, h) de la LSA (actual 23. E) de la LSC de 2014). SÁNCHEZ CALERO señala que al cambiar la frase de “forma de retribución” por “sistema de retribución” se pretendió aclarar el régimen legal, otorgando una mayor flexibilidad a las cláusulas estatutarias que fijaran la naturaleza y el procedimiento de determinar la retribución de los administradores, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 268.

³¹⁸ El art. 249.4 de la LSC de 2014 establece que el contrato celebrado entre la sociedad y el consejero ejecutivo o delegado deberá contener todos los conceptos retributivos por sus funciones ejecutivas, prohibiéndose que se perciba retribución alguna por un concepto distinto.

con la intención de concretar los términos adecuadamente, cuestión ésta que hasta fecha no se ha conseguido. Como ejemplo último, la LSC de 2014 que modifica el art. 217 sustituyendo la expresión “sistema de retribución” por el de “sistema de remuneración” e incluso estableciendo los conceptos (retributivos) que lo determinan; y, por su parte, el art. 23.e), de la misma Ley, continua refiriéndose a “sistema de retribución”.

Finalmente nos quedamos con la noción de remuneración como concepto de aquello que se da o contraprestación por los servicios derivados de la relación administrador-sociedad, a tenor de la normativa societaria. De la misma manera, la remuneración sería el concepto o los conceptos retribuidos que la integran mediante un determinado sistema de remuneración. Un sistema de remuneración que, en palabras de SÁNCHEZ CALERO, “puede entenderse como el conjunto de reglas relativas al procedimiento de determinación de esa remuneración”³¹⁹.

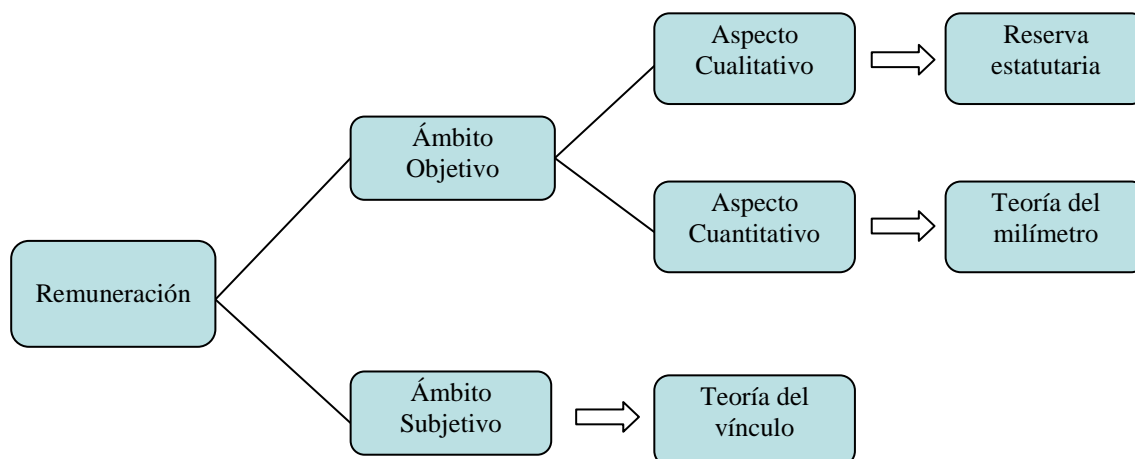
6.2.2.- El ámbito objetivo de la remuneración.

La remuneración de los administradores por el ejercicio del cargo debe constar en los estatutos sociales. Para cualquier remuneración percibida en su condición de tal (administrador) es preciso que expresamente se determine en los estatutos sociales, incluyendo el concreto sistema de remuneración (principio de reserva estatutaria).

Para una mejor comprensión partimos de la idea que la remuneración se ha de formular mediante un sistema de reparto, que incluya los conceptos a retribuir, establezca el importe a remunerar y quién debe cobrar por el ejercicio del cargo de administrador. En otras palabras, se trata de delimitar el ámbito de la remuneración de los administradores.

A continuación, proponemos el siguiente esquema sobre los ámbitos de la remuneración para nuestra exposición y mejor interpretación al respecto, asimismo observamos la determinación de la denominada doctrina del vínculo:

³¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 268.



Esquema 5: El ámbito de la remuneración de los administradores societarios.

Fuente: elaboración propia.

Coincidimos con GALLEGO SÁNCHEZ en la distinción de dos ámbitos en el régimen jurídico de la remuneración de los administradores: objetivo y subjetivo. A su vez, dentro de la calificación de objetivo podemos diferenciar el aspecto cualitativo y el aspecto cuantitativo de la retribución de administradores societarios³²⁰. En el primer caso, el aspecto cualitativo, nos referimos a los conceptos que integran la remuneración de los administradores (como por ejemplo, una cantidad fija o un porcentaje de los beneficios empresariales). Así, los estatutos sociales deben incluir los concretos conceptos retributivos además de determinar “el sistema de remuneración”³²¹. Por tanto, la reserva estatutaria comprende el régimen de remuneración de los administradores sociales. En el segundo caso, el aspecto cuantitativo, menciona la concreción de la cantidad que corresponde satisfacer por los conceptos retributivos que, según la autora, queda fuera de la reserva estatutaria³²². Este razonamiento, que compartimos, viene al caso tras la eliminación por la LSC de la necesidad de que conste en los estatutos sociales la “retribución de los administradores” (art. 130 de la LSA) sustituida por la

³²⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La remuneración de los administradores de la sociedad”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1546 y 1547. Coincide en su argumentación, en el mismo sentido, con PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)*”, Revista para el análisis del Derecho, Indret, núm. 2, Mayo, 2009. pp. 3 y 4. Disponible en www.indret.com, consulta efectuada el 31 de mayo de 2017.

³²¹ Como así lo menciona el párrafo final del art. 217.1 de la LSC de 2014, que modifica el término “retribución” de la anterior norma de 2010 por la palabra “remuneración”. También, el art. 23 de la LSC, contiene las exigencias de los estatutos sociales constando, en su apartado e), el sistema de retribución, si la tuvieren.

³²² GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La remuneración de los administradores de....”, ob. cit., p. 1549.

determinación del “sistema de retribución” y, recientemente, se modifica por el de “sistema de remuneración” (art. 217.1 de la LSC de 2014)³²³.

El ámbito subjetivo de la remuneración de los administradores, que veremos en el próximo apartado del presente capítulo, alude a qué administradores básicamente se aplica, si a todos los miembros del órgano de administración con independencia de las funciones que desempeñen, o sólo a los que no ejerciten tareas ejecutivas, de modo que, los ejecutivos tendrían un régimen de remuneración diferente.

En este contexto, PAZ-ARES señala que la estructura de los conceptos retributivos ha de quedar predeterminado en los estatutos de la sociedad, no así el importe de la retribución. Según el autor, el problema de la delimitación del ámbito objetivo de la retribución de los administradores consiste en establecer el contenido de la reserva estatutaria³²⁴. Para ello, también, distingue dos aspectos dentro del ámbito objetivo de la remuneración: el aspecto cualitativo (modalidad de la retribución) y el aspecto cuantitativo (importe de la retribución).

La cuestión es la escasa regulación normativa (en la LSC y en el RRM) existente respecto la problemática y los diferentes aspectos de la retribución de los administradores en las sociedades de capital. Este vacío legal ha venido a ser suplido por las interpretaciones que tanto el TS como la DGRN han realizado en esta materia. De los diferentes pronunciamientos que aporta la jurisprudencia se deduce que no existe duda alguna con respecto a la reserva estatutaria del aspecto cualitativo (sistema de retribución) de la remuneración. Así, la doctrina del TS³²⁵ y de la DGRN³²⁶ coinciden

³²³ La sustitución de “retribución” por “sistema de retribución” no es sólo una cuestión terminológica sino que, además, fue una adaptación al art. 9 apartado h) de la LSA (actual art. 23 apartado e) de la LSC) y al art. 124.3 del RRM. Con la LSC de 2014, se intenta dar una mayor precisión a la definición de remuneración, modificando la expresión “sistema de retribución” por el “sistema de remuneración”, si bien nada se cambia respecto al contenido del art. 23.e), que continua con el vocablo “sistema de retribución”.

Por lo tanto, el art. 217.1 de la LSC de 2014, queda redactado de la siguiente manera: “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración”.

³²⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur...*”, ob. cit., pp. 4 a 6. El autor razona el alcance de la reserva estatutaria de la remuneración de los administradores a su aspecto cualitativo, es decir, a los conceptos retributivos que la integran, no más allá.

³²⁵ Para la doctrina del TS, que la reserva estatutaria comprende la definición cualitativa de la remuneración no ofrece duda alguna, siendo motivo de discrepancia la previsión en los estatutos sociales del aspecto cuantitativo de la remuneración. Así, entre otras, la STS de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); la STS de 12 de enero de 2007 (FJ 3º) exige que: “la retribución de los administradores ha de constar en los

con el redactado del art. 217 de la LSC de 2014, que los estatutos deben incluir los específicos conceptos retributivos que integren el sistema a remunerar de los administradores. En cambio, la determinación estatutaria del importe de la retribución (aspecto cuantitativo) ha sido motivo de enorme controversia.

Cabe entenderse, suscribe SÁNCHEZ CALERO, que la exigencia de cuantificar el importe de la retribución resulta difícil, ya que el desarrollo de la vida social de la sociedad va cambiando y, por lo tanto, implicaría modificaciones de las cláusulas estatutarias para adaptarlas a esa realidad cambiante³²⁷. Más bien, los estatutos sociales deben fijar la naturaleza y las normas para la determinación de la remuneración, es decir, el sistema de retribución.

De la misma opinión es PAZ-ARES, considerando que la reserva estatutaria del régimen retributivo requiere de una cierta estabilidad. Coincidimos en afirmar que la cuantificación del importe de la remuneración no puede ser sometida a previsión estatutaria debido a la complejidad de los conceptos retributivos y la seguridad y garantía que deben aportar los estatutos sociales³²⁸.

estatutos con certeza y no ser contraria a lo dispuesto en el art. 130 de la LSA, debiendo precisar los estatutos el concreto sistema retributivo, y en fin, que la retribución de los administradores fijada en los estatutos no puede modificarse por el consejo de administración, pues para hacerlo es necesario modificar los estatutos en junta general"; y la STS de 29 de mayo de 2008 (FJ 8º) declara que "la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida" en el art. 130 de la LSA y en el art. 66 de la LSRL.

³²⁶ En la misma línea, la DGRN dispone que los estatutos deberán recoger la citada retribución de forma clara y precisa y con suficientes precisiones para que la misma no permita una remisión genérica invadiendo competencias de unos u otros órganos o dejándola al arbitrio de algunos la definitiva fijación de dicha retribución, de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria (Resoluciones de 24 de noviembre de 1981; de 18 de febrero de 1991; de 25 de marzo de 1991; de 4 de octubre de 1991; de 17 de febrero de 1992; de 12 de junio de 1992; de 6 de mayo de 1997; y de 12 de abril de 2002, entre otras).

En sentido contrario, la cantidad a retribuir (aspecto cuantitativo) a los administradores queda fuera de la reserva estatutaria, aludiendo, además, a razones prácticas ya que "se avendría mal con la propia naturaleza de los estatutos sociales como norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad al margen de las circunstancias tan cambiantes como puede ser la referida cuantía retributiva" (Resoluciones de la DGRN de 15 de abril de 2000 y de 19 de marzo de 2001).

³²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit, p. 268.

³²⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "*Ad impossibilia nemo tenetur...*", ob.cit. p. 3. En la misma línea, las resoluciones de la DGRN de 15 de abril de 2000, 19 de marzo de 2001 y 12 de noviembre de 2003. En esta última resolución, se admite la inscripción de una cláusula conforme a la cual "el cargo de administrador será retribuido con una cantidad fija, de acuerdo con la actividad que desarrolle en la entidad. La retribución deberá ser fijada por la junta general para cada ejercicio".

Para GALLEGO SÁNCHEZ no debe haber constancia (en los estatutos sociales) de la cantidad concreta a remunerar a los administradores, ya que la estructura y funcionamiento de la sociedad no pueden someterse a las circunstancias cambiantes de la cuantía a retribuir (por intereses sociales y de terceros)³²⁹.

Por el contrario, si acudimos al TS existen pronunciamientos que presuponen que la determinación cuantitativa de la remuneración de los administradores tiene reserva estatutaria, dado el silencio legal de la norma mercantil, razonamiento que no compartimos, y motivado por un mayor control en las políticas de remuneración de los administradores por los abusos económicos y la falta de transparencia de las sociedades³³⁰. La doctrina del vínculo que recordemos negaba la relación laboral de alta dirección y administrador de la sociedad por las funciones coincidentes y, por lo tanto, queda absorbida por la relación mercantil, avanza entrando en el principio de reserva estatutario y con certeza exacta de las remuneraciones de los administradores. Tal situación viene recogida en las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º, 9º y 10º), conocidas como caso Mahou, por tratarse de cantidades satisfechas en concepto de remuneración en el seno de una famosa compañía cervecera. Las dos citadas sentencias se pronuncian disconformes con las retribuciones pagadas por no estar previstas en los estatutos sociales y, además, no conformes a la LSA. A partir de ese momento, el TS considera que los estatutos sociales han de fijar exactamente el importe de las remuneraciones de los administradores. De este modo, el TS advierte que la regularidad y validez de las remuneraciones de los administradores depende de que el *quantum* esté fijado en los estatutos sociales. Esto significa que las remuneraciones de los administradores deben constar expresamente en los estatutos y calculadas con certeza exacta. Aún más, la junta general de socios no la considera competente para regular la

³²⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La remuneración de los administradores....., ob. cit., p. 1549.

³³⁰ Consúltense las SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 9º y 10º), caso Mahou; de 15 de enero de 2009 (FFJJ 6º y 7º), caso Forlasa; las dos SSTS de 22 y de 29 de junio de 2009 (FFJJ 3º y 4º), caso Canon; y de 26 de abril de 2010 (FJ 5º), caso Tibidabo. Sus conclusiones se fundamentan en las normas mercantiles (arts. 9 y 130 de la LSA) y en normas tributarias derogadas, LIS de 1978, en concreto en la consideración como deducibles de determinados gastos de las remuneraciones que cobren los miembros de sus consejos de administración, salvo que coincidan con certeza con las que consten en los estatutos sociales.

Y en todo caso, estos pronunciamientos no tendrían cabida en la actualidad. La norma mercantil ha cambiado y reformado el texto del art. 130 de la LSA dónde “la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos”, hacia la LSC de 2014, más concisa, que aclara que “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración”. A nuestro entender, es evidente que la norma se refiere a los conceptos retributivos que componen el régimen jurídico de la remuneración y no a su importe exacto.

remuneración de los administradores. Los estatutos sociales son los que deben modificarse para precisar la cuantía exacta (aspecto cuantitativo) de la remuneración.

Precisamente el efecto inmediato, y negativo a nuestro parecer, de la doctrina del vínculo que aceptan las SSTS de 13 de noviembre de 2008 ha sido, usando la terminología de PAZ-ARES, la denominada teoría del milímetro (que con posterioridad explicaremos), con la que estamos absolutamente de acuerdo. *Sic*, según tales sentencias se exige que el sistema de remuneración de los administradores conste en los estatutos con certeza, es decir, al milímetro.

Lo cierto es que las dos SSTS sirvieron de argumentación posterior para la regulación estatutaria de la remuneración de los administradores en sus dos aspectos objetivos (cualitativo y cuantitativo)³³¹. Pero, también es obvio que las citadas sentencias se amparan en una interpretación legal del extinto art. 130 de la LSA y en una normativa tributaria derogada. Con respecto a la norma mercantil, el art. 130 de la LSA, si bien (entonces) interpretable, el TS no tuvo en consideración el art. 9 h) de la LSA, que aludía al “sistema de retribución” en lugar de a la “retribución” a que se refería el mencionado art. 130 de la LSA³³². Esto es, interpretamos que la LSA, en su conjunto, sugiere más el aspecto cualitativo (sistema de retribución) que el cuantitativo de la remuneración, de hecho las modificaciones posteriores de la LSC de 2010 y de 2014 apuntan hacia esa línea. En cuanto a la norma fiscal, las resoluciones judiciales se refieren a la derogada LIS de 1978³³³ para los requisitos de deducibilidad de las remuneraciones asignadas a los administradores, en el próximo capítulo abundaremos en este tema.

³³¹ Las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º, 9º y 10º), conocidas como caso Mahou por su rechazo a la deducción fiscal de las retribuciones satisfechas a los administradores de una famosa compañía de cervezas, fueron adoptadas como criterio doctrinal por el principio de reserva estatutaria con certeza y en materia de deducibilidad fiscal de las remuneraciones de los administradores sociales. Así, marcó una incidencia importante en el ordenamiento fiscal, recogiendo la denominada doctrina del vínculo, ya consolidada en los ámbitos civil y laboral.

³³² La expresión “sistema de retribución” supone una modificación de lo previsto en el art. 102 h) del RRM de 1956. El precepto reglamentario disponía que la reserva estatutaria que anunciaba el art. 74 de la LSA de 1951 sobre “la retribución” de los administradores se refería sólo a la “forma de retribución”. El art. 9 h) de la LSA de 1989 adoptó una forma equivalente con la expresión “sistema de retribución”, que se encuentra asimismo en el vigente RRM (art. 124.3). Criticamos que la LSA no avanzara en el uso de una terminología adecuada y unánime para evitar interpretaciones al respecto.

³³³ La LIS 61/1978, de 27 de diciembre, en su art. 13 ñ), consideraba como gastos deducibles las remuneraciones que cobren los administradores, siempre que coincidan con las que consten con certeza en los estatutos sociales.

Además, en sentido crítico, resulta necesario añadir que la situación planteada por el TS difícilmente se acogería en el seno de la SL, porque la LSRL de 1995 regulaba expresamente (en su art. 66) el cargo de administrador como gratuito³³⁴, si bien podía ser retribuido en base a una participación en los beneficios con un límite legal, o en otro caso, la remuneración será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general.

En este sentido, la doctrina parece estar de acuerdo sobre la expresión en los estatutos sociales del concreto sistema de remuneración y no su importe. Así, SÁNCHEZ CALERO afirma que la expresión de “sistema de retribución puede entenderse como el conjunto de reglas relativas al procedimiento de determinación de esa remuneración”³³⁵. Y, para SANJUÁN Y MUÑOZ los artículos 9 h) y 130 de la LSA aclaran que los estatutos deben prever el concreto sistema de retribución de los administradores de forma clara y precisa, así se presume el carácter retribuido del cargo³³⁶.

Comenta VICENT CHULIÁ que los estatutos no deben cuantificar la retribución sino sólo el “sistema de retribución”, caso contrario se dotaría de una rigidez absurda al régimen legal³³⁷. Y, según POLO SÁNCHEZ la junta general no parece tener competencias en el sistema de retribución de los administradores ni en su forma de calcularlo, pero podrá fijar la cuantía final de la retribución o incluso el porcentaje de la misma cuando los estatutos señalen un tope máximo³³⁸.

Según PAZ-ARES, los estatutos sociales no deben incluir la determinación cuantitativa de la retribución de los administradores, por razones de inconsistencia con el sistema legal, con la tradición y con la razón práctica. De tal manera que discrepa de las resoluciones judiciales a través de lo que denominó la teoría del milímetro³³⁹ o la

³³⁴ La LSRL en su art. 66 contenía el carácter gratuito del cargo, excepto que “los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución”, en una redacción prácticamente idéntica a la de la LSC de 2010 y de 2014, como se puede comprobar. Insistimos en nuestra interpretación sobre la referencia de la norma en el aspecto cualitativo y no el *quantum* de la remuneración.

³³⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit, p. 268.

³³⁶ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”,.... ob. cit, p. 839. También, POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”...., ob. cit. p. 192. En la misma línea de argumentación, véase las resoluciones de la DGRN de 26 de julio de 1991; de 4 de octubre de 1991; de 17 de febrero de 1992; y de 12 de noviembre de 2003.

³³⁷ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit, p. 764.

³³⁸ POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”...., ob. cit. p. 194.

³³⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur*....”, ob.cit. pp. 6 a 9. Así, explica a raíz de las SSTs de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º, 9º y 10º), caso Mahou, la que denomina “doctrina del

delimitación del ámbito objetivo de la remuneración. Esta teoría está basada en que los estatutos necesariamente han de fijar el importe exacto de las remuneraciones, según las resoluciones del TS, no dejando intervenir a otros órganos societarios en la cuantificación de la retribución. Sin embargo, este criterio general se flexibiliza cuando la retribución consista en una participación en beneficios, en este caso el porcentaje debe quedar establecido en los estatutos por expresa exigencia del art. 130 de la LSA³⁴⁰.

Compartimos con el citado autor que el importe exacto (aspecto cuantitativo) de la remuneración no debe estar recogido en los estatutos sociales. Incluso atendiendo sólo a razones prácticas, no sería muy coherente modificar los estatutos sociales cada vez que los conceptos que integran la remuneración varíen por temas sociales, por funciones atribuidas, por negociaciones o se acuerde por la junta general su modificación. Por esto, con razón PAZ ARES considera que “aunque quisieran, no podrían” (*ad impossibilia nemo tenetur*), dadas las diferentes características o propiedades de los conceptos que contiene la remuneración de los administradores³⁴¹.

A mayor abundamiento, muchas de las cuestiones que se plantearon y resolvieron en las SSTs, anteriormente citadas (y que sentaron base doctrinal) han sido recogidas en los cambios normativos de los últimos años, la LSC (de 2010 y de 2014) y la LIS (de 1995, de 2004 y de 2015). Sin embargo, tal doctrina enjuiciada no ha sido ni matizada ni reformulada y continúan habiendo temas de interés por resolver acerca de la remuneración de los administradores, tanto en el ámbito mercantil como en el fiscal y en el laboral.

milímetro” como una delimitación del ámbito objetivo de la remuneración. La retribución de los administradores debe constar con certeza milimétrica en los estatutos, no dejando intervenir a la junta general. Pero, aclara el autor que “la certeza no ensancha el ámbito de la reserva estatutaria, simplemente lo cualifica”.

³⁴⁰ Aunque la nueva redacción del art. 218 de la LSC de 2014, ordena y concreta mejor incluso que la LSC de 2010, aclarando que cuando el sistema de remuneración sea una participación en los beneficios “los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma”. Para el caso de las SL, se mantiene el porcentaje máximo de participación del diez por ciento de los beneficios repartibles. Y, en las SA, permanece la garantía de protección de los accionistas, como presupuesto para proceder a la remuneración de los administradores. Analizaremos este artículo en el apartado 6.5.2.

³⁴¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur...*”, ob.cit. p. 13. El autor comenta que si los conceptos retributivos de los administradores tienen que estar milimétricamente predeterminados en los estatutos deviene una imposible aplicación. Las características de los paquetes retributivos que pueden ser complejos, cambiantes, específicos, estratégicos y producto de negociaciones los hacen imposibles para su previsión estatutaria.

La LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo, recoge interpretaciones de la doctrina y jurisprudencia para la nueva regulación del régimen de la remuneración de los administradores. Esto es, como ya hemos apuntado a lo largo de este capítulo, el art. 217 de la LSC modifica su redactado e incorpora aspectos novedosos en esta materia. Así, para el caso de que el cargo de administrador sea remunerado, los estatutos sociales deberán recoger los conceptos retributivos (aspecto cualitativo) que determinen el sistema de remuneración elegido, en cumplimiento con el requisito de reserva estatutaria que se exige desde el TS³⁴². En cuanto a la cuantía de la remuneración (aspecto cuantitativo) será la junta general quién aprobará el importe máximo de la misma para todos los administradores en su condición de tales. El órgano competente para fijar el importe máximo de la remuneración es, pues, la junta general, y se refiere solamente a la cuantía máxima de aquella. No obstante, el importe máximo de la remuneración tiene un límite genérico con la intención de garantizar una proporción razonable con la situación económica de la sociedad y los estándares de empresas comparables, además de adecuar el sistema de remuneración establecido a la rentabilidad de la sociedad³⁴³.

Parece bastante claro, pues, que el importe de la remuneración (*quantum*) debe quedar al margen de cualquier previsión estatutaria. No sólo por razones prácticas, la cuantía de la remuneración puede cambiar, sus características y sus propiedades, sino por argumentos en base a la nueva norma legal del art. 217 de la LSC de 2014, como hemos comentado. Se elimina la antigua expresión, “retribución” de los administradores, por la actual “sistema de remuneración” en la previsión estatutaria, fijando los conceptos retributivos determinados en su condición de tales (requisito de reserva estatutaria del aspecto cualitativo de la remuneración). De la misma forma, el art. 23 e) de la LSC de 2010 y de 2014 (manteniendo la redacción del anterior art. 9 h)

³⁴² Como novedad el art. 217.2 de la LSC de 2014 establece que el sistema de remuneración recogido en los estatutos sociales “determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales” y, a continuación, realiza una enumeración no exhaustiva de tales conceptos.

³⁴³ El art. 217.3 de la LSC de 2014 previene el importe máximo anual de la remuneración de todos los administradores en su condición de tales y su distribución. De esta manera, la competencia para fijar la cantidad máxima anual es de la junta general, y su distribución, salvo que la junta general determine otra cosa, corresponde a los propios administradores y, en el caso del consejo de administración, a éste mismo, quién deberá tener en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

El ap. 4 del citado precepto contiene el límite a la remuneración máxima anual a percibir por los administradores. Señala los criterios a tener en cuenta para fijar el máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores en su condición de tales, como: proporción razonable, importancia de la sociedad y estándares de mercado. Obviamente, tales exigencias deben ser controladas por la junta general.

de la LSA) se refiere a la reserva estatutaria del “sistema de retribución” de los administradores, si la tuvieren. Todo ello acaba con las dudas que generó el derogado art. 130 de la LSA, aunque criticamos que no se halla unificado la terminología.

Por consiguiente, consideramos que la determinación cuantitativa de la remuneración de los administradores queda fuera de toda previsión estatutaria, no así el aspecto cualitativo de la remuneración. Es decir, censuramos la delimitación objetiva de la remuneración en su aspecto cuantitativo (teoría del milímetro) y abogamos por que los estatutos sociales contengan el concreto sistema de remuneración de los administradores, pero no así el importe cuantificado de la remuneración, o al menos así lo interpretamos a raíz de la nueva LSC de 2014³⁴⁴, mereciendo una revisión la teoría del milímetro al respecto y por sus efectos sobre la doctrina del vínculo como a continuación veremos.

6.2.3.- El ámbito subjetivo de la remuneración.

El ámbito subjetivo de la remuneración de los administradores afecta, según GALLEGO SÁNCHEZ, a todos los administradores³⁴⁵ en relación con la remuneración que reciben por el ejercicio de las funciones que desempeñan en su condición de administradores³⁴⁶. Además, ya hemos comentado, la necesidad de que los estatutos sociales deban expresar el sistema de remuneración de los administradores. En consecuencia, nos planteamos si la cuestión retributiva con reserva estatutaria obliga a todos los miembros del órgano de administración, es decir, habría que diferenciar las remuneraciones (o su régimen) que se perciben por los administradores en su condición de tales, de las derivadas de una prestación contractual de servicios, ya sea de naturaleza mercantil ya sea de naturaleza laboral (alta dirección o común).

En este sentido, la remuneración del administrador cuando desempeña funciones diferentes a las propias de administrador de la sociedad (funciones ejecutivas), mediante

³⁴⁴ La LSC de 2014 regula, en su Capítulo II del Título VI, los administradores y, en concreto, las remuneraciones de los administradores en los arts. 217, 218 y 219.

³⁴⁵ Cuando nos referimos a todos los administradores contiene a cualquiera de las formas del órgano de administración determinadas en el art. 210 de la LSC.

³⁴⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La remuneración de los administradores.....”, ob.cit. p. 1552.

una relación mercantil o laboral, merece un régimen retributivo distinto. Por el contrario, los administradores que limitan su actividad a meras funciones inherentes en el cargo de administrador (funciones no ejecutivas), su remuneración vendrán determinada por lo dispuesto en los estatutos, según lo previsto en el art. 217 de la LSC de 2014³⁴⁷.

Esto es, si el cargo es remunerado los estatutos recogen el sistema de remuneración, determinando los conceptos retributivos, de los administradores en su condición de tales, como así lo expresa, acertadamente y de forma innovadora, el art. 217.2 de la LSC de 2014, o lo que es lo mismo, por sus funciones no ejecutivas. Cuestión distinta es la remuneración por las funciones ejecutivas que proponemos queden al margen de los estatutos sociales³⁴⁸.

No obstante, la jurisprudencia no ha sido pacífica al respecto³⁴⁹. Así, como hemos apuntado en el capítulo anterior, se ha admitido la compatibilidad de la relación laboral con la mercantil (de los administradores en su relación con la sociedad), siempre y cuando no se realicen las actividades propias de la condición de mero administrador, sino las propias de una relación de prestación de servicios para la sociedad (de alta dirección o no). Esta prestación de servicios se caracteriza por la dependencia del

³⁴⁷ Recordemos la separación de funciones de un administrador conceptualmente distintas entre ejecutivas y no ejecutivas que hemos explicado en el apartado 5.5.1 sobre la naturaleza de la relación administrador-sociedad.

³⁴⁸ La LSC de 2014 inserta en el régimen de la remuneración de los administradores la expresión “en su condición de tales”, lo que parece sugerir, por parte del legislador, una separación entre funciones ejecutivas y no ejecutivas (arts. 217.3 y 4). En ese sentido, la distinción entre funciones no admite duda para el caso de consejo de administración (art. 249, sobre delegación de facultades del consejo de administración) y es interpretable para los otros modos de organizar la administración, aunque ello no quiere decir que no se puedan distinguir unas funciones de otras. Como apunta DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 75, respecto a la separación de funciones del administrador, defiende que las funciones ejecutivas existen sea cual sea el órgano de administración y no sólo en el caso de consejo de administración, opinión que compartimos. No obstante, la delegación de tales funciones se remite únicamente al contexto del consejo de administración.

³⁴⁹ Destacamos las SSTS, sala de lo Social, de 25 de octubre de 1990 (FJ 2º); de 13 de mayo de 1991 (FJ 2º); de 11 de marzo de 1994 (FJ 3º); de 22 de diciembre de 1994 (FJ 3º); de 20 de octubre de 1998 (FFJJ 3º y 4º); de 24 de octubre de 2000 (FJ 2º); y de 9 de mayo de 2001, sala de lo Civil, (FJ 2º), caso Mattel. La interpretación tradicional de estas sentencias admitía la compatibilidad entre la relación societaria y la relación contractual. A partir de los años 90, con la SSTS de 29 de septiembre de 1988 y la entrada del derecho laboral con la regulación del personal de alta dirección son cada vez más las sentencias que rompen con la tradición e introducen la teoría del vínculo, la incompatibilidad del cargo de administrador con la relación laboral de alta dirección y, por tanto, las retribuciones por ambos vínculos. Por ejemplo, las SSTS de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); de 12 de enero de 2007 (FJ 3º) y las dos sentencias de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º, 9º y 10º).

órgano de administración y la ajenidad, exigida ambas para dotar de naturaleza laboral a la relación sociedad-administrador, además de una remuneración específica.

La compatibilidad del cargo de administrador (relación de naturaleza mercantil) con una relación laboral común (caracterizada por la dependencia y la ajenidad de la relación, a diferencia del personal de alta dirección) no ofrece ninguna duda, la remuneración proviene de desarrollar funciones encomendadas al margen de las propias de la titularidad del órgano de administración. En cambio, no ocurre así lo mismo cuando nos referimos a una relación laboral de alta dirección, como ya hemos observado³⁵⁰.

En la práctica societaria, admite SÁNCHEZ CALERO, los administradores suscriben contratos de alta dirección, compatibles e independientes de la relación mercantil con la sociedad, y en los que se fijan no sólo las remuneraciones a percibir, sino también las posibles indemnizaciones a recibir. El problema, prosigue el autor, surge por el silencio estatutario de tales remuneraciones. Éstas deberían considerarse ineficaces, dado que el régimen retributivo exige que provengan de lo previsto en los estatutos sociales. Por tanto, concluye, debe rechazarse la validez de las remuneraciones fijadas al margen de los estatutos, aun cuando los administradores estén vinculados con la sociedad por una relación laboral de alta dirección³⁵¹.

Esta cuestión la resuelve el TS sentando las bases de lo que más tarde daría lugar a la doctrina del vínculo³⁵². Tradicionalmente, se interpretaba la remuneración de los

³⁵⁰ Véase el apartado 5.5.2. del capítulo anterior, del presente trabajo, sobre la compatibilidad de la relación mercantil sociedad-administrador con la relación laboral.

³⁵¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., pp. 272 y 273. En el mismo sentido, la resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002 opina sobre la falta de previsión estatutaria de las remuneraciones de los contratos de alta dirección, “calificando estas relaciones como laborales especiales, de alta dirección, pero ello no significa que sea un problema necesariamente extraestatutario.”

³⁵² La llamada doctrina del vínculo aparece en la jurisprudencia por la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º), conocida como caso Huarte. Si bien la irrupción del Derecho laboral con la regulación de la relación laboral especial de alta dirección a través del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, tuvo su influencia. La relación laboral de alta dirección queda delimitada a las mismas funciones que la relación entre la sociedad y los administradores, por el desempeño propio del cargo (relación de naturaleza mercantil). Ante la coincidencia de funciones, y no pudiendo haber dos vínculos diferentes, se prioriza la relación mercantil sobre la relación laboral, dada la naturaleza de las funciones que realiza el administrador. Además, el art. 1.3.c del ET excluye del ámbito laboral la relación sociedad-administrador. Así, se consagra el art. 130 de la LSA sobre la determinación estatutaria de la retribución de los administradores.

administradores que desempeñaban funciones al margen de su condición de mero administrador, como retribuciones pactadas libremente en el ámbito de la contratación de servicios (sociedad-administrador). Entonces, aparece la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º) que marca el camino de la incompatibilidad de una relación contractual de prestación de servicios (a la sociedad) con una relación contractual societaria (las funciones propias de administrador de la sociedad) y aplica la regulación laboral especial de alta dirección. Así, tal relación contractual de prestación de servicios se configura como una relación laboral de alta dirección. La citada sentencia que da origen a la teoría del vínculo, en este sentido, afirma que “inherentes al cargo, (...) son todos los cometidos que se refieran a la administración de la sociedad.” Así, dado que la prestación de servicios a la sociedad es coincidente en la relación laboral de alta dirección y en la mercantil o societaria, se debe optar por una. No obstante, la opción ha de tomarse atendiendo a la naturaleza (mercantil o laboral) del vínculo que tienen las funciones que desempeña el administrador. Por ello, señala la referida sentencia que “el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto (administrador), sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza.” De esta manera, la jurisprudencia opta por la relación mercantil que absorbe a la laboral. Por lo tanto, eliminada la relación laboral de alta dirección no se admitirán retribuciones adicionales a las determinadas en los estatutos sociales.

A partir de entonces la línea jurisprudencial es bastante clara, apuntando hacia la naturaleza mercantil de la relación sociedad-administrador cuando se desempeñen cometidos de alta dirección y no admite su remuneración al margen de los estatutos sociales. Así destacamos, la STS de 30 de diciembre de 1992 (FJ 2º) que declara la ilicitud de las cláusulas preparadas por los propios administradores de las sociedades

A partir de entonces, el razonamiento de la doctrina del vínculo ha ido imponiéndose en los ámbitos civil y mercantil, al igual que en el laboral, a pesar de algún pronunciamiento contrario. Véanse, también, las SSTS de 12 de marzo de 1990 (FJ 2º); de 21 de enero de 1991 (FJ 2º); de 13 de mayo de 1991 (FJ 2º); de 30 de diciembre de 1992 (FJ 2º); de 22 de diciembre de 1994 (FJ 3º); de 16 de junio de 1998 (FJ 3º); de 17 de julio de 2003 (FJ 2º); de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); de 24 de octubre de 2006 (FJ 2º); de 12 de enero de 2007 (FJ 3º); de 23 de enero de 2007 (FJ 3º); de 24 de abril de 2007 (FJ 4º); y de 31 de octubre de 2007 (FJ 2º). El TS considera que las retribuciones percibidas por los miembros del órgano de administración de una sociedad son fruto del vínculo mercantil con la referida entidad, de manera que las funciones del administrador absorben las de alta dirección.

En sentido contrario, admitiendo la compatibilidad de la relación laboral alta dirección y el cargo de administrador, las SSTS de 25 de octubre de 1990 (FJ 2º); de 24 de octubre de 2000 (FJ 1º); de 9 de mayo de 2001 (FJ 1º); de 26 de abril de 2002 (FJ 2º); de 27 de marzo de 2003 (FJ 4º); de 15 de junio de 2006 (FJ 3º); y de 16 de junio de 2006 (FJ 2º).

que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que sean removidos de sus cargos. La STS de 21 de abril de 2005 (FJ 3º) afirma que “la naturaleza del vínculo que une al consejero con la sociedad es mercantil no pudiendo serle aplicables pactos procedentes de un contrato de alta dirección anterior, rigiéndose por las normas imperativas contenidas en los arts. 130 y 141 de la LSA. (...) que no puede(n) quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales”³⁵³.

En sentido contrario, las SSTS de 9 de mayo de 2001 (FJ 1º) y 16 de junio de 2006 (FJ 2º) confirman que la exigencia de previsión estatutaria se refiere a la remuneración de los administradores por el desempeño de tal cargo, y no la que pueda fijarse por otro concepto como la retribución laboral y servicios de alta dirección.

La jurisprudencia sobre la teoría del vínculo se consolida en los órdenes civil y laboral y se traslada al ámbito fiscal a raíz de las SSTS de 13 de noviembre de 2008³⁵⁴. Estas sentencias sentaron doctrina jurisprudencial con respecto al régimen de deducibilidad fiscal de las remuneraciones de los administradores y su regulación estatutaria. Las remuneraciones efectuadas a algunos miembros del consejo de administración por la realización de funciones concretas y no determinadas en los estatutos sociales no son válidas. Tales remuneraciones no pueden ser gasto fiscalmente deducible, ya que los administradores tienen un vínculo mercantil con la empresa. En cualquier caso, se aprecia coincidencia en las actividades desarrolladas por los administradores y por el personal de alta dirección. Se producen, pues, dos tipos de vínculos en su relación con la sociedad, de naturaleza mercantil y laboral. El TS no admite esa doble relación o doble vínculo. En consecuencia, considera que prevalece el

³⁵³ También, las SSTS de 18 de junio de 1991 (FJ 3º); de 27 de enero de 1992 (FJ 6º); de 11 de marzo de 1994 (FJ 3º); de 20 de diciembre de 1999 (FJ 2º); de 20 de noviembre de 2002 (FJ 8º); de 17 de julio de 2003 (FJ 2º); de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); y de 26 de diciembre de 2007 (FJ 2º).

³⁵⁴ En las SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º, 9º y 10º), caso Mahou, si bien se centran en la deducibilidad de las remuneraciones de los administradores en el IS, cuestionan la compatibilidad de la condición de miembro de los órganos de administración de la sociedad y la de personal de alta dirección, sometido al Derecho laboral. Confirma el TS, que la doble relación orgánica mercantil y la laboral especial de alta dirección no pueden coexistir, ha de prevalecer una de ellas, de manera que “en principio y desde una perspectiva objetiva, es difícil apreciar la dualidad de relaciones, porque, a diferencia de lo que ocurre con la relación laboral común, las funciones propias de la alta dirección en cuanto correspondientes a la titularidad de la empresa son normalmente las atribuidas a los órganos de administración social”. El TS concluyó que remuneraciones a los administradores no son gasto deducible en el IS al no tener constancia en los estatutos sociales y provenir de un vínculo mercantil con la sociedad. Hay que hacer mención que las citadas sentencias se basaron en normativa mercantil de la LSA que ya ha evolucionado, adoptando algunas cuestiones suscitadas, con la LSC de 2010 (y sobretodo de 2014) y en normativa fiscal derogada, LIS de 1978.

vínculo mercantil administrador-sociedad y no el laboral, atendiendo a la naturaleza orgánica y contractual de la relación. Y las remuneraciones dispuestas en el contrato de alta dirección deberán constar en los estatutos sociales sino quieren quedar sin efecto alguno a nivel fiscal.

Parece evidente que la doctrina del vínculo no admite dos relaciones (administrador-sociedad) jurídicas (laboral y mercantil) para el cargo de administrador, afectando a todos los administradores (órgano de administración), dejando sin efecto la relación laboral de alta dirección e incluso su remuneración, a menos que ésta se prevea en los estatutos sociales. O dicho de otra manera, la teoría del vínculo delimita el ámbito subjetivo de la remuneración y se aplica a todos los administradores, ejecutivos y no ejecutivos, opinión que no compartimos.

Si nos trasladamos a la doctrina para analizar a qué administradores afecta la remuneración del art. 217 de la LSC de 2014, o sea a quién afecta el régimen de remuneración de los administradores de la norma mercantil, PAZ-ARES considera que la teoría del vínculo está basada en un error (y nosotros también) al no separar las diferentes formas de organizar la administración de una sociedad. Así, califica de sociedades “simples” a las formas de organizar la administración mediante administrador único, administradores solidarios y administradores mancomunados; y de sociedades “complejas” cuando existe un consejo de administración. Teniendo en cuenta que en las formas simples es viable la doctrina del vínculo, la función de gestión ejecutiva (o de empresa) de la sociedad está en el cometido inherente al cargo de administrador. Por tanto, no es posible el doble vínculo ni una doble remuneración por coincidencia de funciones ejercidas en la sociedad. No obstante, en las formas complejas, la función ejecutiva no pertenece al cometido inherente al cargo de miembro del consejo de administración o consejero³⁵⁵. De este modo, en los consejeros

³⁵⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur*...”, ob.cit. p. 11. El autor critica la doctrina del vínculo por su delimitación del ámbito subjetivo de la remuneración de los administradores, sin tener en cuenta el modo de organizar la administración de la sociedad. Por ello diferencia las funciones que ejercen los consejeros dentro del desempeño de sus actividades que comporta el cargo de administrador. Nos diferencia entre simples consejeros y consejeros ejecutivos. En cuanto a los primeros tendrán funciones deliberativas y de supervisión (funciones no ejecutivas) y cualquier retribución requerirá reserva estatutaria. Con respecto a los segundos las funciones de ejecución no derivan de su condición de consejero sino de su calidad de delegados y debe retribuirse por el propio consejo de administración. En referencia al *corporate governance*, las iniciativas españolas de recomendaciones en el buen gobierno de las sociedades, como el Código Olivencia de 1998, aluden a que los consejeros asumen la función de supervisión del consejo. De la misma manera, la preocupación por el gobierno corporativo y su

distinguimos funciones de ejecución y de deliberación (no ejecutivas). Ambas funciones deberían tener remuneraciones diferentes y sólo se exigirá previsión estatutaria a la remuneración por la función de deliberación, como cometido inherente al desempeño del cargo de consejero.

En esta misma línea argumentativa se encuentra GALLEGO SÁNCHEZ, considerando que los meros consejeros intervienen en el consejo de administración para ejercitar funciones de deliberación y de consulta. En cambio, los consejeros ejecutivos gestionan diariamente la sociedad, constituyendo esta actividad (la prestación de servicios para la sociedad) el origen de sus ingresos personales³⁵⁶.

Ahora bien, la función que desarrolla el consejero ejecutivo es la misma que la que desempeña el personal de alta dirección. Y, por las funciones concretas encomendadas tienen un régimen retributivo específicamente pactado. Es decir, lo determinante son las actividades de alta dirección que ejercita el administrador, al margen de la mera condición que ostenta de administrador, bajo los requisitos de subordinación o dependencia (del órgano de administración de la sociedad) y de ajenidad³⁵⁷. Aunque no exista la ajenidad, apunta GALLEGO SÁNCHEZ, que si que requiere un vínculo laboral; la única consecuencia sería que la relación del administrador con la sociedad no es laboral, pero no que no exista y no merezca una retribución específica por ello³⁵⁸. La retribución que se perciba por estas actividades de prestación de servicios será diferente de la establecida mediante reserva en los estatutos sociales por la remuneración del cargo de administrador.

Compartimos con VICENT CHULIÁ que la doctrina del vínculo declarada por el TS debe ser reconsiderada. Los pronunciamientos del TS se basan en una normativa

regulación nos ha llevado al impulso de nuevas propuestas, recomendaciones y normas como el informe Aldama (2003), el Código Unificado de buen gobierno (2006), el nuevo Código Unificado de buen gobierno (2015) y la LSC de 2014. En definitiva, los citados informes y normas distinguen, en cierta manera, entre la función de los meros consejeros (funciones no ejecutivas) y la de los consejeros ejecutivos (funciones ejecutivas). Y como afirma DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 83, es la distinción de funciones donde reside el fundamento al diferente tratamiento de la remuneración de unos y otros.

³⁵⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La remuneración de los administradores.....", ob.cit. p. 1553.

³⁵⁷ La dependencia y la ajenidad son los requisitos exigidos para dotar de naturaleza laboral al vínculo de la relación sociedad-administrador, notas características de la relación laboral común, de acuerdo con el art. 1.1 del ET.

³⁵⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La remuneración de los administradores.....", ob.cit. p. 1553.

mercantil y fiscal que han evolucionado e incluso han recogido algunas de las cuestiones que se enjuiciaban en las sentencias. Además, en la situación económica y laboral actual, cambiante y competitiva, la contratación de los altos directivos (por las sociedades) no puede ser sometida a la rigidez de los estatutos sociales. Así, el TS debe unificar y aclarar la doctrina y volver a la doctrina tradicional³⁵⁹ que admitieron la acumulación o compatibilidad de la condición de administrador y de personal de alto directivo, la validez de la doble remuneración y, además, que la alta dirección queda fuera de las normas de la LSA (actual LSC) y de su remuneración al margen de los estatutos sociales³⁶⁰.

De lo anterior se deduce que la doctrina del vínculo necesita una revisión. Es más, la citada doctrina sostiene que la normativa española no distingue entre las funciones inherentes al cargo de administrador y las funciones ejecutivas propias del personal de alta dirección³⁶¹. Argumentación ésta que, tras la modificación de la LSC de 2014, como hemos ido comentando ya no se puede sostener, al menos en el caso de organizar la administración de la sociedad como consejo de administración, dada la separación de funciones establecida expresamente. Por tanto, la nueva norma distingue entre funciones propias del cargo de administrador, en su condición de tal, y funciones propias del consejero ejecutivo³⁶².

En efecto, la entrada en vigor de la LSC de 2014 supone una modificación del criterio sobre la reserva estatutaria de la remuneración de los administradores. Y lo es porque los estatutos sociales recogen el sistema de remuneración en su condición de tales (art. 217.2 de la citada Ley). Entonces, los conceptos retributivos a percibir por los

³⁵⁹ Entre otras, véase las SSTs de 25 de octubre de 1990 (FJ 2º); de 24 de octubre de 2000 (FJ 2º); de 9 de mayo de 2001 (FJ 2º), caso Mattel; de 27 de marzo de 2003 (FJ 4º), caso LEDA; y de 16 de junio de 2006 (FJ 2º).

³⁶⁰ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, ob. cit., p. 771.

³⁶¹ La SSTs de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 8º y 13º) sostiene que “no existe en la legislación española (...) distinciones entre los cometidos inherentes a los miembros de los órganos de administraciones de las sociedades y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que es lo que caracteriza al trabajo de alta dirección”.

³⁶² Recordemos que el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, considera personal de alta dirección aquél que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de ésta; y actúa con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitado por las directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la sociedad, que ocupe aquella titularidad. De manera que, las funciones ejecutivas de un administrador se relacionan con el ámbito de aplicación del personal de alta dirección y, así, las funciones propias de la alta dirección se desarrollan por los altos directivos o consejeros ejecutivos.

administradores son por las funciones inherentes en su condición como tal o funciones no ejecutivas. En consecuencia, la remuneración por las funciones ejecutivas quedaría al margen de los estatutos de la sociedad.

Esta afirmación, que atañe a la remuneración de los administradores con funciones ejecutivas, reside con mayor claridad cuando nos referimos al consejo de administración. El art. 249 de la LSC de 2014, sobre delegación de facultades del consejo de administración, admite una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, regulado mediante una relación contractual con la sociedad, aprobada por el consejo y que contiene los conceptos retributivos³⁶³. Además, la remuneración no es por su condición de tales administradores del art. 217.2 de la LSC de 2014, es decir, por sus funciones no ejecutivas que sí exigen constancia estatutaria.

Sin embargo, defendemos que, admitida la separación de funciones (ejecutivas y no ejecutivas) del administrador, el ámbito subjetivo de la remuneración afecta a los administradores en su condición de tales, sea cual sea el órgano de administración, quedando sujeta (la remuneración) al principio de reserva estatutaria. En cambio, la remuneración para los administradores por sus funciones ejecutivas (o delegadas) se excluye de la constancia en los estatutos sociales.

De aquí que podemos considerar acertado que el aspecto subjetivo de la remuneración de los administradores obliga a los que desempeñan el cargo de administrador sin ninguna función más. En este caso, el régimen retributivo se determinará por lo dispuesto en el art. 217 de la LSC de 2014. Sin embargo, la remuneración contenida en los estatutos no afecta a los administradores que prestan servicios para la sociedad, gestionando diariamente a la misma, con independencia de su

³⁶³ El contrato celebrado entre la sociedad y los administradores (miembros del consejo de administración) por las funciones ejecutivas atribuidas, también contendrá todos los conceptos retributivos por el desempeño de tales funciones. No obstante, la remuneración a percibir atenderá a las cautelas de su nombramiento como consejero ejecutivo (art. 249.3 de la LSC de 2014); a las previsiones del art. 217.4 de la LSC de 2014; y a la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general (art. 249.4 de la LSC de 2014).

La separación de funciones ejecutivas encuentra, también, su argumentación en el art. 236.4 de la LSC de 2014, sobre presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores, cuando no exista delegación de facultades del consejo de administración en un consejero delegado, responderá quien tenga atribuidas las funciones de alta dirección de la sociedad.

condición de administrador y que producto de la contratación para esa actividad (delegada) recibe una remuneración específica al margen de los estatutos sociales.

También, desde la perspectiva fiscal, las modificaciones en las normativas tributarias significan un replanteamiento de la doctrina del vínculo, como puede ser el caso de la deducibilidad o no (como gasto) de la remuneración del administrador de la sociedad por sus funciones ejecutivas en el IS, aunque no conste en los estatutos sociales, cuestión ésta a la que volveremos en el capítulo 7. Posteriormente, trataremos la remuneración de los administradores en el ámbito de otros tributos.

6.3.- LA GRATUIDAD DEL CARGO.

La legislación mercantil no impone que el cargo de administrador sea remunerado, de modo que es posible y válido que los miembros del órgano de administración de la sociedad no perciban remuneración alguna, en su condición de tales. La regla general justamente establecida para las SL y las SA no cotizadas es la de considerar que el ejercicio del cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario, determinando el sistema de remuneración (art. 217.1 de la LSC de 2014)³⁶⁴.

Para el caso de que el cargo de administrador sea remunerado los estatutos sociales deben recoger tal mención, pero sólo en ese supuesto. *Ergo*, a nuestro entender, la previsión estatutaria será una mención facultativa y no necesaria. El cargo de administrador, pues, puede ser remunerado o no, aunque se considera gratuito cuando los estatutos sociales:

- Contienen una previsión expresa de su gratuidad;
- Omiten cualquier referencia al carácter remunerado del cargo.

Los administradores societarios pueden ser remunerados por la sociedad en el ejercicio de sus competencias (gestión y representación de la sociedad) por su mera

³⁶⁴ En las SA cotizadas, en cambio, el cargo de consejero será necesariamente retribuido, salvo disposición contraria en los estatutos (art. 529 sexdecies de la LSC de 2014).

condición de administrador (ámbito subjetivo de la remuneración). En ese caso, el sistema de remuneración establecido debe contener la naturaleza y los conceptos retributivos (aspecto cualitativo del ámbito objetivo de la remuneración) a percibir por los administradores en su condición de tales que gozará de reserva estatutaria.

Ahora bien, la remuneración de los administradores en su condición de tales es una opción. Y, por lo tanto, puede perfectamente considerarse el desempeño del cargo de administrador como gratuito. Como hemos mencionado *supra* el carácter gratuito del cargo de administrador se entiende cuando los estatutos sociales contienen una previsión expresa de su gratuidad o bien omiten cualquier referencia a que el cargo sea remunerado³⁶⁵.

Parece claro que la LSC de 2014 mantiene la presunción de gratuidad del cargo de administrador. Sin embargo, la interpretación de la gratuidad del cargo ha sido motivo de cierta controversia. En este sentido, SANJUÁN Y MUÑOZ afirma que “la complejidad del cargo, las características modernas de la sociedad y la profesionalidad predicada y exigida a los administradores determinan que la gratuidad sea en realidad una decisión legal pero un supuesto excepcional.”³⁶⁶

Si bien SÁNCHEZ CALERO critica que el cargo de administrador sea gratuito por el incremento del grado de diligencia, fidelidad y responsabilidad exigible al propio administrador en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones³⁶⁷. De esta manera,

³⁶⁵ La LSC de 2014 en su art. 217.1 dispone que “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración”. Por tanto, sigue exigiendo la constancia en los estatutos sociales del sistema de remuneración de los administradores. De igual manera se refiere el contenido del art. 23 letra e) de la LSC de 2010 (y de 2014) y del art. 124 del RRM. Con anterioridad, en la LSA de 1989 se interpretaba toda omisión a la retribución de los administradores con el hecho de que el cargo era gratuito. No ocurría igual en la LSRL, pues, ya en su art. 66.1 establecía tal circunstancia, así, “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución.” Por ello, la regla general era la gratuidad del cargo. En este caso concreto de la SL, la DGRN insiste (a tenor literal del art. 66 de la LSRL) que ha de partirse de la regla general de gratuidad del cargo, si bien la misma tiene carácter dispositivo, al admitirse que los estatutos pueden establecer lo contrario determinando el sistema de retribución, véase resoluciones de la DGRN de 15 de octubre de 1998; 18 de septiembre de 1999 y 15 de abril de 2000.

³⁶⁶ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”,.... ob. cit., p. 826.

³⁶⁷ La Ley 26/2003, de 17 de julio, Ley de transparencia, introdujo novedades en el art. 133 de la LSA con respecto a responsabilidades por el incumplimiento de los deberes de los administradores y por las deudas sociales en el caso de no promover la disolución de la sociedad (arts. 262.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL). No obstante, esta última responsabilidad se atenuó por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. La LSC de 2010 extiende a las SRL los deberes de los administradores introducidos en la LSA de 2003: deberes de diligente administración y lealtad y prohibiciones de utilizar el nombre de la sociedad, invocar

considera que el cargo sea gratuito solamente debe tenerse en cuenta como un hecho excepcional³⁶⁸. Y, GALLEGO SÁNCHEZ considera la gratuidad como una opción legal nada razonable, más bien deberá ser una excepción, siendo lo habitual que el cargo sea retribuido³⁶⁹.

En este contexto, la DGRN ha venido a interpretar, como regla general, en su clásica doctrina la gratuidad del cargo de administrador. No existe discusión alguna en el supuesto de la SL, de acuerdo con lo directamente dispuesto en el texto del art. 66 de la LSRL (ya recogido en el art. 217 de la LSC de 2010). Si bien, en el caso de la SA, el carácter gratuito se obtiene de la conjunción de lo establecido en los arts. 9 letra h) y 130 de la LSA (contenidos en los arts. 23 letra e) y 217 de la LSC de 2010, respectivamente)³⁷⁰. La DGRN insiste en que para destruir la presunción de gratuidad se debe determinar que el cargo de administrador es retribuido, estableciendo además el concreto sistema de remuneración de los mismos³⁷¹.

A tenor de la LSC de 2014, defendemos la presunción de gratuidad del cargo de administrador de la sociedad en su condición de tal. De este modo, los administradores no podrán exigir remuneración de ninguna clase por el desempeño del cargo si no existe

la condición de administrador o aprovechar oportunidades de negocio, además de regular las situaciones de conflicto de intereses en los administradores. Recordemos que la LSC de 2014 modifica los deberes de los administradores, de modo que concreta la actuación de los administradores mediante una mayor precisión de los deberes de diligencia y lealtad y de los mecanismos de prevención en caso de conflicto de interés. Los deberes de los administradores mercantiles se recogen en los arts. 225 a 232 de la LSC de 2014, véase el punto 3.3 del capítulo anterior del presente trabajo.

³⁶⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 266.

³⁶⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La remuneración de los administradores.....", ob. cit., p. 1546.

³⁷⁰ Destacamos las resoluciones de la DGRN de 15 de octubre de 1988; de 12 de noviembre de 1993; de 18 de septiembre de 1999; y de 15 de abril de 2000. Entre otras muchas, vienen a confirmar que en los estatutos sociales debe preverse, de forma expresa, la existencia de retribución, excluyendo así la gratuidad con que inicialmente contempla la norma legal el ejercicio del cargo; y, establecida aquella, la determinación de uno o más concretos sistemas de remuneración, sin que pueda quedar a voluntad de la junta su elección o la opción entre distintos sistemas.

³⁷¹ Resulta muy interesante la resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2013. Esta resolución resume la doctrina de la Dirección General, en cuanto a la exigencia de requisitos para que el articulado de los estatutos sociales que fija la retribución de los administradores sea inscribible en el RM. Siguiendo el contenido de la propia resolución los criterios serían que:

- "debe quedar meridianamente claro que el cargo de administrador es retribuido;
- debe constar el concreto sistema de retribución; y,
- los estatutos sociales pueden establecer varios sistemas pero siempre de forma cumulativa y no alternativa."

su fijación en los estatutos sociales³⁷². Además, no tendrán validez las remuneraciones de los administradores si falta su previsión en los estatutos sociales³⁷³.

No obstante, la gratuidad del cargo de administrador sólo impide que se reciba una remuneración en su condición de tal, en cambio, podría obtener percepciones por otro tipo de relaciones jurídicas con la sociedad diferentes de las inherentes al ejercicio del cargo (gestión social). Como por ejemplo, las compensaciones por los gastos de representación y las prestaciones de servicios o de obra. Ciertamente es que la percepción por los administradores de otras retribuciones al margen de las propias de administrador exige la distinción objetiva entre las actividades debidas por una y otra causa³⁷⁴. Sin embargo, como hemos observado en el apartado 5.5.2. la doctrina del vínculo se muestra favorable a unificar, en contra de nuestra opinión, bajo la relación de naturaleza mercantil todos los elementos que integran la remuneración de los administradores, es decir, no distingue entre las funciones ejecutivas y no ejecutivas, absorbiendo cualquier relación contractual con personal de alta dirección o ejecutivo³⁷⁵.

³⁷² También comparten esta tesis, POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”.... ob. cit., p. 192; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 267; y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”,.... ob. cit., p. 840.

³⁷³ Es impugnabile el acuerdo, de la junta general o por propia decisión acordada de los administradores, sobre la remuneración de éstos recibidas sin constancia en los estatutos sociales. Además, este acuerdo también podría ser considerado impugnabile por ser actos contrarios a la Ley (art. 204 de la LSC de 2014). Del mismo modo, la remuneración reconocida a los administradores superior a la fijada en los estatutos sociales sería nula por incumplimiento del art. 217 de la LSC de 2014. En este sentido, véanse las SSTs de 27 de marzo de 1984 (FJ 5º) y 30 de diciembre de 1992 (FJ 2º).

³⁷⁴ Se considera compatible la gratuidad del cargo de administrador, establecido en los estatutos sociales, con una renta vitalicia reconocida a los administradores que se jubilan, y contratada por la sociedad en su favor, por una cuantía compensatoria de la diferencia entre lo que se percibe de pensión por jubilación y los ingresos anteriores y que complementa la citada pensión, todo ello recogido en los propios estatutos (DGRN Resolución de 5 de abril de 2013). Asimismo, se considera inscribible en el RM la cláusula estatutaria, según la cual, con independencia de la remuneración por la realización de las funciones propias del cargo, (el administrador) percibirá una retribución por la prestación de servicios o trabajos a la sociedad distintos de los que le correspondan al órgano de administración, y que será aprobada en la junta general (DGRN Resolución de 12 de mayo de 2014).

A este respecto, expresar que en las SA no es necesario el acuerdo de la junta general para el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores, a diferencia de las SL (*a sensu contrario*, art. 220 de la LSC de 2010 y de 2014).

Para admitir la dualidad de retribución (estatutaria y contractual) por el administrador se ha venido exigiendo la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa, que ha de ser preciso y cierto, sin ambigüedades con las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, ya que es incompatible con el régimen de transparencia que proclama la norma societaria. Véanse entre otras las STS de 5 de marzo de 2004 (FJ 4º); de 21 de abril de 2004 (FJ 3º); de 29 de mayo de 2008 (FJ 8º); de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º); y de 18 de junio de 2013 (FJ 3º).

³⁷⁵ En la STS de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º) se muestra favorable, y hace referencia a la doctrina jurisprudencial, “al tratamiento unitario de las retribuciones percibidas por los administradores, con

En definitiva, la LSC de 2014 exige reserva en los estatutos sociales del sistema de remuneración de los administradores en su condición de tales determinando los conceptos retributivos (art. 217.2), para el caso de que el cargo de administrador sea remunerado. Cuestión distinta es el caso de la remuneración de los administradores con funciones ejecutivas que abogamos porque queden al margen de cualquier reserva estatutaria.

6.4.- EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD EMPRESARIAL.

La remuneración de los administradores en su condición de tales se recoge en los estatutos sociales de manera que se determina el sistema de remuneración. La LSC concede amplia libertad a los socios para establecer en los estatutos (bien en la constitución de la sociedad, bien en modificaciones posteriores) el sistema o sistemas de remuneración que estimen conveniente. La norma no prohíbe ni impone un determinado sistema de remuneración, pudiendo consistir en cantidades fijas, variables o sistemas mixtos³⁷⁶.

La LSC de 2010 no quiso prever las distintas modalidades para el cálculo y la determinación de su remuneración. De manera que el art. 217 de la LSC de 2010 deja amplia libertad a los estatutos sociales para la elección del sistema de remuneración. La excepción la encontramos en la expresa regulación de la remuneración mediante participación en beneficios (art. 218 de la LSC de 2010) y mediante la entrega de acciones (art. 219 de la LSC de 2010). También, debemos incluir la restricción regulada para las SL, en el art. 217.2 de la LSC de 2010, cuando la remuneración no consista en

independencia de que sean devengadas en tal calidad o en la de directivos”, inspirada en la conveniencia “de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella (incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad)”.

³⁷⁶ Sin perjuicio de ciertos límites, como el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales que deberá ser aprobado por la junta general (art. 217.3 de la LSC de 2014); la proporcionalidad y razonabilidad de la remuneración y la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad (art. 217.4 de la LSC de 2014); la remuneración mediante participación en beneficios (art. 218 de la LSC de 2014); y los requisitos de la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad (art. 219 de la LSC de 2014).

El TS se ha pronunciado fijando como doctrina la amplia libertad en la elección del sistema de remuneración en los estatutos sociales, debiendo atenerse al interés de la sociedad y los socios. Consúltense, entre otras sentencias, las SSTS de 24 de abril de 2007 (FJ 4º); de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º); de 10 de febrero de 2012 (FJ 2º); de 25 de junio de 2013 (FJ 9ª); y de 9 de abril de 2015 (FJ 3º).

una participación en los beneficios³⁷⁷. En otras palabras, podemos afirmar que el régimen retributivo de los administradores, en el texto refundido de 2010, se caracterizaba por la libre elección de la modalidad remuneratoria, sin perjuicio de los límites legales comentados.

La LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo, modifica acertadamente y de forma precisa la regulación de las remuneraciones de los administradores, señalando en el preámbulo de la nueva norma que “la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión” (gestión social) de la sociedad³⁷⁸. Así, el nuevo art. 217 sigue manteniendo la constancia en los estatutos sociales del sistema de remuneración, para el caso de que sea retribuido el cargo de administrador. Aunque, resulta significativa la novedad que obliga a recoger en los estatutos el sistema de remuneración de los administradores en su condición de tales (por sus funciones inherentes al cargo o no ejecutivas); y, a diferencia de la norma anterior, enumera una lista no exhaustiva de sistemas de remuneración (art. 217.2 de la LSC de 2014). Conviene mencionar que los arts. 218 y 219 de la LSC de 2014 continúan regulando expresamente la remuneración mediante participación en beneficios y vinculada a las acciones de la sociedad, respectivamente.

De igual modo, la LSC de 2014, permite la libertad de la sociedad a la hora de elegir el sistema de remuneración de los administradores, si bien con el requisito de reserva estatutaria sobre el sistema determinado. En general, se deberá respetar las disposiciones sobre la remuneración de los administradores en su condición de tales,

³⁷⁷ El texto original de la LSC publicado en el BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010, no se limitaba sólo a la SL. La corrección de errores posterior en el BOE núm. 210, de 30 de agosto de 2010, dejó fuera de su aplicación a la SA, por lo que para la SA este contexto carece de regulación expresa.

³⁷⁸ Véase el ap. VI del Preámbulo de la LSC de 2014, dónde la remuneración de los administradores deberá garantizar, por un lado, la evolución real de la empresa y, por otra parte, el interés de la sociedad y sus socios.

Recordemos que la LSC de 2014 recoge las propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 (constituida el 31 de mayo), y cuyo informe se presentó el 14 de octubre de 2013. En particular, tiene especial relevancia el sistema de remuneraciones de los administradores. En ese sentido, como declara la Comisión de Expertos (punto 4.10 del informe), las normas legales incorporadas se centran en tres aspectos: la adecuación de los sistemas de remuneración al mercado y a la situación económica de la sociedad; el procedimiento para la aprobación de la remuneración que prevenga el conflicto de intereses; y garantizar la transparencia de la remuneración.

Consúltese el Informe de la Comisión de Expertos, disponible en http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf, consultado el día 31 de mayo de 2017.

como los conceptos retributivos, el importe máximo anual, la distribución y la proporcionalidad de la remuneración (art. 217 de la LSC de 2014).

La política de retribución de los administradores, manifiesta SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, es parte fundamental del planteamiento básico de cualquier actividad económica, aunque dicha retribución no exista por determinarse el cargo como gratuito. En este contexto, sostiene que “la libertad que debe preservar el modelo legislativo (de la remuneración de los administradores) no se limita a las formas (de retribución), sino también a los límites cuantitativos (de esa retribución)”³⁷⁹.

En este sentido, SÁNCHEZ CALERO entiende que deberían existir más límites legales para evitar los abusos en materia de remuneraciones de los administradores³⁸⁰. Además, la concreta determinación del sistema de remuneración impide que, en ciertos supuestos, se adapte a las circunstancias cambiantes de la vida de una sociedad. Por ello, pueden darse situaciones de conflicto de intereses (sociedad, socios y administradores), bien porque la remuneración de los administradores sea excesiva, bien porque no reciban retribución alguna por su actividad³⁸¹.

En cualquier caso, la libertad que tienen las sociedades para reflejar en los estatutos sociales los diferentes sistemas de remuneración deben ser decisiones prudentes, transparentes y moderadas. Ciertamente es que en esa aparente libertad de la LSC, la DGRN ha querido interpretar ciertas exigencias con gran rigidez.

La DGRN sigue criterios restrictivos en la libertad empresarial para que los estatutos sociales fijen el sistema de remuneración de los administradores. Así, esta Dirección en diversas resoluciones ha interpretado una serie de cláusulas estatutarias

³⁷⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. C.: *Norma y autorregulación en la configuración...*, ob. cit., pp. 11 y 12.

³⁸⁰ La regulación de una mayor limitación sobre la remuneración en cuanto a su importe y su distribución entre los administradores, chocaría con el principio de libertad empresarial que compartimos. En cualquier caso, la protección del interés de la sociedad y los socios ante una remuneración excesiva atenderá a una proporción razonable con la situación económica de la sociedad y adecuación al logro del fin social, límites genéricos que contiene oportunamente la LSC de 2014, al margen de las acciones que pudieran corresponder (arts. 204, 232, 236 y ss. de la LSC de 2014).

³⁸¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 275. En todo caso, entiende el autor que el sistema de remuneración debe limitarse dentro de la prudencia y velando por los intereses comunes a todos los socios.

contrarias a las disposiciones legales, con la consiguiente imposibilidad de inscripción en el RM. Entre tales cláusulas defectuosas podemos destacar las siguientes³⁸²:

- La indeterminación sobre si los administradores serán retribuidos o no y el concreto sistema de retribución a aplicar, dejando a elección de la junta general tal decisión.
- La previsión estatutaria de varios sistemas de retribución de los administradores que quedan a arbitrio de la junta general su aplicación cumulativa.
- La reserva estatutaria de un límite máximo de la retribución de los administradores sin concretar el contenido de tal retribución.
- La constancia estatutaria de gratuidad del cargo de administrador y que a su vez la junta general pueda, en su caso, acordar retribuciones.
- La determinación en los estatutos sociales de una SA de un sistema de retribución de los administradores mediante participación en beneficios sin expresar el porcentaje concreto de esa retribución.
- La previsión en los estatutos sociales de la remuneración mediante entrega de acciones, cuya aplicación no se somete a la competencia de la junta general.

Para SANJUÁN Y MUÑOZ existe un régimen abierto de los diferentes sistemas de retribución que la sociedad puede concretar a sus administradores³⁸³. Compartimos la opinión de que los sistemas de remuneración no son impuestos ni prohibidos por la LSC³⁸⁴. Pero, en esa libertad de autonomía, que tiene la LSC, de elección del sistema de

³⁸² Entre otras muchas, destacamos las resoluciones de la DGRN de 18 de febrero de 1991; de 20 de febrero de 1991; de 20 de marzo de 1991; de 26 de julio de 1991; de 4 de octubre de 1991; de 17 de febrero de 1992; de 6 de mayo de 1997; y de 12 de abril de 2002. En la misma línea, resulta muy interesante la SAP de Cáceres de 21 de enero de 2003 (FJ 5º), dónde sistematiza las exigencias de los sistemas de retribución de los administradores de acuerdo con los criterios clarificadores de las resoluciones de la DGRN. La LSA (actual LSC), pronuncia la SAP, a diferencia de otras leyes del ordenamiento comparado, “se ha desentendido de tipificar las modalidades retributivas de los administradores y se ha preocupado tan sólo de exigir la mención expresa del carácter retribuido en los estatutos sociales y de establecer ciertos requisitos para la efectividad de la participación en beneficios. La autonomía de la voluntad disfruta, pues, de amplios márgenes para regular esta materia.”

³⁸³ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”,.... ob. cit., p. 862.

³⁸⁴ Para subsanar la deficiencia de la norma anterior, la LSC de 2014 enumera distintos sistemas de remuneración que los estatutos sociales pueden contener. Tal enumeración, a modo de ejemplo, es una relación de sistemas de remuneración con carácter de *numerus apertus*, por eso, la expresión “entre otros” que dicta el art. 217.2 de la mencionada Ley.

remuneración de los administradores podemos destacar las exigencias legales a considerar en la determinación de tales remuneraciones:

- la claridad y la concreción del sistema de remuneración en los estatutos sociales;
- la prohibición de remuneraciones no previstas estatutariamente; y
- la posibilidad de diversos sistemas de remuneración con reserva estatutaria.

Con la LSC de 2014 se introducen matizaciones o límites genéricos a considerar dentro de esa libertad de elección del sistema de remuneración. Esto es, la proporcionalidad con la situación económica societaria, impulsar la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo y los mecanismos necesarios para evitar la asunción excesiva de riesgos³⁸⁵.

En definitiva, como hemos comentado, fuera de las exigencias legales y de las restricciones jurisprudenciales no existe limitación alguna a la aplicación de uno u otro sistema de remuneración de los administradores en su condición de tales. La LSC de 2014 no regula expresamente los diferentes sistemas de remuneración, con excepción de las remuneraciones mediante participación en beneficios y la vinculada a las acciones de la sociedad. No obstante incorpora referencias genéricas al sistema de remuneración con la finalidad de garantizar razonabilidad con la situación económica y patrimonial de la sociedad y adecuarla para alcanzar el objeto social, cambios que consideramos convenientes y suficientes dentro del principio de libertad empresarial para establecer en los estatutos el sistema de remuneración que así se considere. Los sistemas de remuneración son muy variados y, a la vez, pueden ser simples (un sólo sistema) o

³⁸⁵ La LSC de 2014 incorpora las modificaciones normativas a propuesta de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, de manera que los estatutos de las sociedades deberán establecer el sistema de remuneración de los administradores por su condición de tales (art. 217.4 de la LSC de 2014). Se tratan de unas referencias “programáticas” en relación con la remuneración (punto 4.10.1 del informe de 14 de octubre de 2013):

- razonable, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidades atribuidas;
- orientada a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos.

También, la LSC de 2014, parece acoger la STS de 30 de octubre de 2013 (FJ 6º), sobre las remuneraciones y sus límites, que declara que “el art. 1255 del CC establece la libertad de pactos, pero (...) tal precepto fija unos límites a estos pactos: la de no ser contrarios a la moral, el orden público y el perjuicio de tercero. Cuando estos pactos excedan de los parámetros socialmente aceptables es claro que tales pagos no pueden ser considerados como retribuciones sino como meras liberalidades, no generadoras de un gasto deducible”.

complejos (acumulación de varios sistemas). Como novedad, destacamos las distintas modalidades que enumera la LSC de 2014, de modo no exhaustivo, en su art. 217.2, que, a su vez, han sido las más utilizadas en la realidad empresarial, y que a continuación trataremos en el siguiente apartado.

6.5.- EL SISTEMA DE REMUNERACIÓN.

La remuneración de los administradores debe ser objeto de reserva estatutaria, solamente si los estatutos sociales prevén que el cargo (de administrador) es remunerado y determinan el sistema de remuneración entonces se considera válida tal remuneración a percibir. Y podríamos afirmar que el sistema de remuneración es el conjunto de reglas orientadas a determinar la remuneración de los administradores en su condición de tales. O, dicho de otra manera, el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su desempeño del cargo como tal³⁸⁶.

El sistema de remuneración de los administradores ha variado significativamente y de forma apropiada con una nueva regulación introducida por la LSC de 2014, para la mejora del gobierno corporativo. De este modo, se incorporan las recomendaciones de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo que, a su vez, recoge las interpretaciones de la jurisprudencia y la doctrina, y propone iniciativas y reformas normativas adecuadas para el sistema de remuneración de los administradores de las sociedades de capital³⁸⁷. Analicemos, pues, el nuevo régimen de la remuneración de los administradores.

6.5.1.- Los requisitos generales.

El sistema de remuneración de los administradores de la sociedad requiere, genéricamente, tratar los requisitos de previsión estatutaria, saber cuál es el órgano

³⁸⁶ En el apartado anterior 6.4 hemos observado el principio de libertad empresarial para fijar en los estatutos el concreto sistema de remuneración.

³⁸⁷ La Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo fue creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, y cuyo informe se presentó el 14 de octubre de 2013. Dicho informe se considera antecedente directo de la LSC de 2014 y, en particular, tiene especial relevancia el sistema de remuneraciones de los administradores.

competente y la cuantía y su distribución. A continuación desarrollamos estos tres aspectos fundamentales.

a) La previsión estatutaria.

Para que los administradores tengan el derecho a percibir una remuneración por el ejercicio de su cargo, y ésta sea válida legalmente, es preciso que los estatutos sociales así lo establezcan expresamente. La cláusula estatutaria que prevenga tal circunstancia ha de contener, de forma clara y precisa, lo siguiente:

- El carácter remunerado del cargo; y
- El concreto sistema de remuneración.

Además, la previsión estatutaria del cargo de administrador remunerado debe cumplir con los requisitos necesarios que se le exigen a cualquier otra mención estatutaria. Esto es, el acuerdo unánime de los socios en la constitución de la sociedad, la formalización en escritura pública y su inscripción, la publicidad a través del RM y los requisitos específicos para la modificación de los estatutos sociales³⁸⁸.

La doctrina registral no aprueba, en general, cualquier previsión estatutaria donde el sistema de remuneración dependa de determinadas circunstancias (por ejemplo, que el administrador tenga la condición de socio o no) o quede a la libre voluntad de la junta general (sin la exigencia de una previa modificación estatutaria)³⁸⁹. En sentido contrario, se admiten las cláusulas estatutarias que contemplan dos o más sistemas de remuneración acumulativos, pero sin dejar al arbitrio de la junta general la determinación de cuál ha de aplicarse de manera alternativa³⁹⁰.

³⁸⁸ A los efectos de su validez e inscripción, la previsión estatutaria del sistema de remuneración ha de cumplir con las formalidades de la escritura pública y su inscripción registral (Capítulos II y III del Título II de la LSC de 2014, respectivamente); del contenido del art. 217 de la LSC de 2014 sobre la remuneración de los administradores; de la memoria (art. 260 undécima de la LSC de 2014); y de la modificación de los estatutos sociales (Capítulo I del Título VII de la LSC de 2014). Igualmente, respecto al RRM, en lo concerniente en el Capítulo III del Título II sobre la inscripción de las sociedades y sus actos; y los arts. 158, 164 y 195 de la modificación de los estatutos sociales.

³⁸⁹ Véanse al respecto las resoluciones de la DGRN de 21 de septiembre de 1999; de 14 de febrero de 2002; de 12 de noviembre de 2003; de 7 de marzo de 2013; de 3 de abril de 2013; de 21 de mayo de 2013; de 18 de junio de 2013; y de 17 de junio de 2014.

³⁹⁰ El TS mediante las sentencias de 13 de noviembre de 2008 que consolidan la doctrina del vínculo hace referencia a la reserva estatutaria de la remuneración de los administradores, a través de un concreto sistema de remuneración y previsto con certeza, para su deducibilidad como gasto en el IS, volveremos sobre esta cuestión en el capítulo 7.

Por tanto, el sistema o los sistemas de remuneración de los administradores en su condición de tal (acertada matización de la LSC de 2014) deben constar en los estatutos sociales³⁹¹. A los efectos, en su art. 217.2 la LSC de 2014 recoge una enumeración, a modo de ejemplo, de varios sistemas o conceptos retributivos, entre otros, a percibir por los administradores, que son los siguientes³⁹²:

- Una asignación fija.
- Dietas de asistencia.
- Participación en beneficios.
- Retribución variable con indicaciones o parámetros generales de referencia.
- Remuneración en acciones o vinculada a su evolución.
- Indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador.
- Los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

En nuestra opinión, la remuneración prevista en los estatutos sociales se refiere al pago por sus funciones inherentes al cargo (de administrador), esto es, por sus funciones no ejecutivas. De ahí, la novedad significativa que incorpora la LSC de 2014 sobre la remuneración a percibir por los administradores “en su condición de tales”. Por lo que al margen de la previsión estatutaria estaría la remuneración de las funciones ejecutivas, afirmación que no admite duda alguna bajo el supuesto de consejo de administración³⁹³.

Por su parte, consúltese las resoluciones de la DGRN de 18 de febrero de 1991; de 19 de marzo de 2001; de 5 de abril de 2013; de 12 de mayo de 2014; de 29 de septiembre de 2014; de 19 de febrero de 2015; y de 12 de marzo de 2015.

³⁹¹ La LSC de 2014 cumple con el requisito de reserva estatutaria que exige el TS, por lo que el sistema de remuneración de los administradores en su condición de tales estará recogido en los estatutos sociales. El art. 217.1 actual establece que “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración”. Tal previsión estatutaria cumple con lo contemplado en el art. 23 e) de la LSC de 2014 y los arts. 124.3 y 185.4 del RRM.

Resulta interesante la STS de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º) sobre el abuso de formalidad, cuando la totalidad de los socios conocen y consienten el pacto sobre remuneración del administrador-alto directivo, oponiendo la exigencia de su previsión estatutaria como fórmula para desvincularse de las obligaciones personalmente asumidas. En el mismo sentido, la STS de 18 de junio de 2013 (FJ 5º).

³⁹² El ap. 2 del art. 217 expresa que “el sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y (...)” enumera, a modo de *numerus apertus*, varios conceptos de retribución a fijar en los estatutos sociales. Es decir, se pueden establecer otros sistemas de remuneración aunque no se mencionen expresamente en la LSC de 2014, como por ejemplo la retribución en especie. Los diferentes conceptos retributivos pueden combinarse de forma acumulativa y no alternativa, en ese sentido, véase la RDGRN de 17 de junio de 2014, que no permite la alternativa entre varios sistemas de remuneración confiando la elección última a la junta general.

³⁹³ Recordemos que el consejo de administración es una de las modalidades de organizar la administración de la sociedad. El art. 249 y 249 bis de la LSC de 2014 establecen la delegación de

Claro está que si el cargo de administrador es remunerado lo será para todos los miembros del órgano de administración y, de igual manera, el sistema de remuneración elegido será de idéntica aplicación para todos los administradores (órgano de administración).

b) El órgano competente.

La competencia para la aprobación de la remuneración de los administradores, y debido al silencio legal, ha producido diversas interpretaciones que el texto refundido de la LSC de 2010 no ha acabado de clarificar. Sin embargo, la LSC de 2014 modifica el texto anterior y el nuevo redactado mejora ésta cuestión³⁹⁴, como veremos. En este sentido, la regla general del art. 217 de la LSC de 2014, sobre la remuneración de los administradores, exige la previa constancia estatutaria del sistema de remuneración determinado, excluyendo la posibilidad de que la junta general regule la remuneración si nada establecen los estatutos sociales, circunstancia que aprobamos. En cambio, la junta general aprobará el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales, que permanecerá vigente hasta que se apruebe su modificación. Además, la remuneración quedará sometida al control de la junta general con la finalidad de cumplir con las exigencias contenidas en el citado precepto, como la proporcionalidad con la situación económica y patrimonial de la sociedad dentro de los estándares de mercado, criterios a los que nos adherimos.

Por su parte, la regulación específica de los sistemas de remuneración mediante participación en beneficios y vinculada a las acciones de la sociedad (arts. 218 y 219,

facultades del consejo de administración y las facultades indelegables, respectivamente, lo que significa que no sólo se distinguen las funciones ejecutivas de las no ejecutivas, sino que se admite la posibilidad de delegar las funciones ejecutivas. La previsión del contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad contendrá todos los conceptos retributivos por el desempeño de las funciones ejecutivas, en conformidad con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general (art. 249.4 de la LSC de 2014).

³⁹⁴ En la LSC de 2010, el art. 217.2 de la LSC establecía para la SL, cuando se trate de otros sistemas de retribución que no tengan como base una participación en los beneficios, la remuneración para cada ejercicio se ha de fijar anualmente por acuerdo de la junta general, conforme con lo previsto en los estatutos sociales. Pero, se ha venido discutiendo la validez de la competencia de la junta general para señalar la remuneración de los administradores, así, han de ser los estatutos sociales, también, los que determinen el sistema de remuneración. Véase las resoluciones de la DGRN de 15 de octubre de 1998; de 18 de septiembre de 1999; y de 15 de abril de 2000. En el mismo sentido la SAP de la Coruña de 6 de febrero de 2003 (FJ 5°).

La LSC de 2014 suprime este apartado, modificando y aplicando el art. 217 sobre la remuneración de los administradores con carácter general. Por ello, el nuevo precepto regula la remuneración del cargo de administrador en su condición de tal, establecido el sistema de remuneración en los estatutos sociales, y los parámetros para la fijación de la remuneración.

respectivamente, y según la redacción de la LSC de 2014), merecen un breve comentario al respecto de las competencias de la aprobación de tales sistemas. En el caso de la remuneración mediante participación en beneficios, dicha participación o el porcentaje (de la misma) debe estar concretada en los estatutos sociales. Pero, la determinación de la base de la remuneración consistente en una participación en beneficios corresponde a la junta general. Es decir, el beneficio obtenido por la sociedad requiere de un acuerdo previo de aprobación de las cuentas anuales por la junta general. Una vez aprobado el beneficio se podrá acordar su distribución y es aquí dónde surge el reparto en concepto de remuneración a los administradores mediante este sistema. La LSC de 2014 incorpora un párrafo aclarativo muy acertadamente, a diferencia del texto anterior de 2010, dónde tanto para la SL como para la SA, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales, en su caso, para cada ejercicio por este tipo de remuneración³⁹⁵. Del mismo modo, para la SA, la remuneración de los administradores vinculada a las acciones de la sociedad requerirá un acuerdo de la junta general³⁹⁶.

El TS se ha pronunciado en el sentido que la aprobación de la remuneración de los administradores exigirá un acuerdo de la junta general, a pesar de su determinación en los estatutos sociales. De esta manera, se cumplirán las previsiones legales y estatutarias respecto a reservas, beneficios y dividendos para el reconocimiento de las retribuciones³⁹⁷.

La DGRN parece compartir la misma línea de argumentación al propugnar la atribución de la competencia para fijar la retribución de los administradores a la junta

³⁹⁵ El art. 218 de la LSC de 2014 modifica el sistema de remuneración mediante participación en beneficios que desarrollaremos más adelante en el apartado 6.5.2 del presente capítulo.

³⁹⁶ El art. 219 de la LSC de 2014 determina el supuesto de remuneración vinculada a las acciones de la sociedad que deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y requiere para su aplicación de un acuerdo de la junta general. Dicho acuerdo expresará el número máximo de acciones a entregar, el precio de los derechos de opción o el sistema de cálculo de dicho precio, el valor de referencia de las acciones y el plazo de duración de este sistema. Más adelante, en el apartado 6.5.3 volveremos sobre este precepto que la LSC de 2014 ha modificado sucintamente.

³⁹⁷ Sobre la aprobación de la remuneración por acuerdo de la junta general, resulta muy expresiva la STS de 19 de febrero de 2001 (FJ 3º) admitiendo sin ningún género de duda que “el derecho a la retribución de los administradores no nace del acuerdo de la junta, sino de los estatutos, y que dicho órgano social debe respetar las normas estatutarias, pero ello no empece a la necesidad de aquella aprobación, tanto por la perspectiva de la existencia y cuantía de los beneficios como por la necesidad de controlar las cautelas que exige la ley en orden a que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes.” También, es interesante la STS de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º), dónde explica la constancia estatutaria del sistema de retribución y su finalidad, los vínculos societarios y extrasocietarios y cláusulas de blindaje como modalidad de retribución.

general. Pero, entiende que la junta general debe aprobar la retribución partiendo del reconocimiento estatutario y del sistema concreto de tal remuneración³⁹⁸.

Por tanto, nos unimos a las opiniones citadas de la doctrina jurisprudencial y registral, añadiendo que debe ser así por la necesidad de protección de los intereses de los socios, de los propios administradores y de terceros. De esta forma, los estatutos recogerán el concreto sistema de remuneración y la junta general aprobará su aplicación y los criterios para fijar la cuantía de la misma.

c) La cuantía y la distribución.

La LSC nada dice de lo que la sociedad debe pagar a sus administradores, es decir, existe cierta libertad en cuanto a su importe y su distribución (de la remuneración). Ello sin perjuicio de ciertos límites, como cuando la remuneración consista en participación en beneficios³⁹⁹ y el importe máximo de la remuneración anual de los administradores⁴⁰⁰.

En cualquier caso, encontramos conveniente que la remuneración de los administradores deba guardar una proporción razonable con⁴⁰¹:

- La importancia de la sociedad;
- La situación económica de la sociedad; y
- Los estándares de mercado de empresas comparables.

Además, el sistema de remuneración establecido debe promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar riesgos y resultados desfavorables. En definitiva, se trata de criterios o exigencias que la junta general debe tener en cuenta para fijar el importe máximo de la

³⁹⁸ Entre otras muchas, destacamos las resoluciones de la DGRN de 26 de julio de 1991; de 17 de febrero de 1992; de 21 de septiembre de 1999; de 12 de abril de 2002; de 12 de noviembre de 2003; de 7 de marzo de 2013; y de 17 de junio de 2014.

³⁹⁹ Véase el apartado 6.5.2 sobre el sistema de remuneración mediante participación en beneficios.

⁴⁰⁰ El art. 217.3 de la LSC de 2014 regula el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales que debe ser aprobado por la junta general, permaneciendo vigente en tanto no se apruebe su modificación.

⁴⁰¹ El ap. 4 del art. 217 de la LSC incorpora una limitación genérica al importe de la remuneración para garantizar el principio de proporcionalidad razonable con la situación económica de la sociedad y los estándares de mercado de empresas comparables; además, debe adecuarse a la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo “e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”.

remuneración anual de todos los administradores en su condición de tales y cuyo control (de tales exigencias) corresponde, evidentemente, a la propia junta. Por esto, abogamos porque la remuneración de los administradores contemple la evolución real de la sociedad y velar por la protección del interés de la sociedad y de los socios.

No obstante, la previsión estatutaria de la remuneración, además de establecer el sistema, puede fijar los criterios para determinar la cuantía de la remuneración e incluso concretar su importe⁴⁰².

La distribución de la remuneración entre los distintos administradores (órgano de administración) se ha de establecer por acuerdo de éstos, excepto que la junta general determine otra cosa y, para el caso del consejo de administración, por decisión de este último, si bien tendrá en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero⁴⁰³. Compartimos totalmente la precisión que incorpora la LSC de 2014 sobre la distribución de la remuneración en función de los trabajos encomendados a los administradores, lo que avala nuestra propuesta de que la norma mercantil atiende a las funciones no ejecutivas, quedando al margen de previsión estatutaria las funciones ejecutivas de los administradores. Hecho que es evidente en el supuesto de consejo de administrador si nos ceñimos al contenido expreso de la propia norma.

Cierto es que la distribución de la remuneración entre los distintos administradores puede ser desigual, es decir, puede que algunos miembros del órgano de administración estén retribuidos y otros no, eso sí, siempre que exista un factor de distinción, como

⁴⁰² Por ejemplo, cláusulas estatutarias que expresen que “El cargo de administrador será retribuido por medio de una cantidad fija anual igual al doble del sueldo bruto del director general de la sociedad, la cual se repartirá a partes iguales entre todos los administradores”; o aquella otra que “Los administradores tendrán una retribución fija anual igual a la base máxima de cotización en el RETA de la Seguridad Social”. Véase, entre otras, las RDGRN de 19 de marzo de 2001; de 26 de septiembre de 2014; de 19 de febrero de 2015; y de 12 de marzo de 2015. En la elocuente STS de 9 de abril de 2015 (FJ 3º) admite un sistema de remuneración consistente en una cantidad fija en dinero determinada anualmente por la junta general, razonando que no es un sistema impreciso o vago, si bien éste podría ser más concreto.

⁴⁰³ El ap. 3 del art. 217 de la LSC de 2014 regula el importe máximo de la remuneración que el conjunto de los administradores percibirán en su condición de tales, es decir, por las funciones no ejecutivas. El órgano social competente para su aprobación será la junta general. Respecto a la distribución de la remuneración, el precepto señala que “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”. Por tanto, la junta general puede reservarse la competencia de la distribución de la remuneración, véase al respecto la RDGRN de 18 de junio de 2013. Incluso, cuando los administradores no lograsen ponerse de acuerdo, siempre es posible acudir a la junta general.

puede ser las funciones que desempeña, la cualificación o la destreza. Tal posibilidad no admite duda, a nuestro entender, en cuanto al consejo de administración se refiere, como así lo expresa la literalidad de la propia norma que prevé la distribución de la remuneración atendiendo a “las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero”. Cuestión distinta es para las otras formas de organizar la administración de la sociedad que no admiten la delegación de facultades ejecutivas. Circunstancia que nos llevaría, en esos casos, a la distribución desigual de la remuneración por tales funciones atribuidas en cada caso concreto y no a que unos administradores estén retribuidos y otros no⁴⁰⁴.

Señala DURÁN-SINDREU BUXADÉ, la conveniencia que en los estatutos sociales o, en su caso, en el acuerdo social correspondiente (consejeros) se prevea la desigual distribución de la remuneración, los criterios a aplicar en esa desigual cuantía de cada uno de los administradores y las circunstancias que la justifican, *ad exemplum*, la dedicación, la experiencia o las funciones y el cargo de cada consejero (presidente o secretario), opinión con la que estamos totalmente de acuerdo⁴⁰⁵.

Por su parte, la DGRN no acepta el trato desigual basado en las tareas propias del cargo de administrador, a no ser que exista un factor de distinción. Así, según el criterio de la DGRN, en los supuestos de organización de administración societaria simples no queda justificado un trato desigual en la remuneración, dada las funciones de gestión social que por la LSC de 2014 son iguales para todos los administradores. Por el contrario, las organizaciones complejas (consejo de administración) posibilitan una

⁴⁰⁴ En la misma línea de opinión encontramos a DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 76, afirmando que una “efectiva distribución (de las funciones) interna, incluso externa, entre cada uno de (los administradores), (...) justifica perfectamente una distribución también desigual de la remuneración que la junta haya aprobado. Y (...) si tales funciones se remuneran, ésta afecta a todos los administradores que, orgánicamente, tengan atribuidas tales funciones”. Entendemos, por lo tanto, derogada la regla de la igualdad que proclaman los arts. 124.3 y 185.4 del RRM, con arreglo al cual “Salvo disposición contraria de los estatutos la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos”.

La RDGRN de 25 de febrero de 2014 trata la distribución desigual de la remuneración según el modo de organizar la administración. Así, en los supuestos de administración solidaria o mancomunada no ve justificable prever un trato desigual en el hecho de la existencia de la remuneración, en base a la igualdad entre todos los administradores. Sin embargo, en el caso de consejo de administración es admisible la disposición estatutaria que distingue entre el carácter retribuido del cargo de consejero delegado y la gratuidad del cargo de los restantes administradores.

⁴⁰⁵ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 77. Estimamos suficiente que la previsión estatutaria fije los criterios generales de la distribución de la remuneración, sin necesidad de expresar la cantidad correspondiente a cada administrador. Esto es, nada impide que algún administrador perciba importes superiores a los otros.

remuneración diferente según la función (singular) encomendada⁴⁰⁶, afirmación que compartimos. Aunque puntualizamos que en las organizaciones simples pueden existir causas que justifiquen una remuneración desigual, atendiendo a la distribución interna que pudiera realizarse de las funciones de gestión de la sociedad, como la veteranía o la elaboración de un dictamen profesional, por poner algún ejemplo.

Finalmente, podemos concluir que el art. 217 de la LSC de 2014 establece dos tipos diferenciados de remuneraciones, según nuestra interpretación y que proponemos. Por un lado, la remuneración a percibir en su condición de tales (administradores) que nos trae el art. 217 de la citada LSC, que debe cumplir el principio de reserva estatutaria y será la junta general quien aprobará el importe máximo de esta remuneración, siendo decisión de los propios administradores y, en su caso, del consejo de administración acordar su distribución, teniendo en consideración las funciones y responsabilidades de cada consejero. Y, por otro lado, la remuneración por las funciones ejecutivas derivadas del art. 249 de la LSC de 2014; es decir, la remuneración a percibir por los consejeros en el desempeño de funciones ejecutivas (podemos decir que adicionales a las funciones en su condición de tales), atribuidas al ser nombrado consejero delegado o en virtud de otro título, que será formalizado mediante un contrato celebrado entre la sociedad y el consejero, aprobado por el consejo de administración, y dónde se incluirán todos los conceptos retributivos de tal remuneración. En nuestra opinión, la distinción

⁴⁰⁶ En este sentido, véanse resoluciones de la DGRN de 27 de abril de 2013, donde “no existe problema conceptual en aceptar el carácter retribuido del cargo de alguno o algunos de los administradores frente al resto siempre que exista un factor de distinción”, no obstante, “en los supuestos de administración solidaria o mancomunada en los que la igualdad entre los miembros del órgano deriva de la propia aplicación de las previsiones legales carece de justificación alguna prever un trato desigual en el hecho de la existencia de remuneración”, y admite “una remuneración distinta en función del trabajo realizado (funciones singulares) a aquellos supuestos en que el órgano de administración tenga una naturaleza compleja (consejo de administración) porque sólo en este supuesto obedece a una justa causa”; de 6 de mayo de 2013, no admite la posibilidad que el factor de distinción o discriminación en la remuneración de los administradores sean las tareas propias inherentes al cargo; de 18 de junio de 2013, en la misma línea señala que “aquellos miembros del órgano de administración que lleven a cabo especiales labores de gestión como los consejeros delegados o los miembros de la comisión ejecutiva pueden estar remunerados de acuerdo a un sistema concreto frente al resto de consejeros que no ejerzan dichos cargos”, y concluye que no puede “pretenderse que el ejercicio de las funciones de gestión o, como dice la cláusula discutida, de gerente o de personal de alta dirección, sea un factor de discriminación cuando legalmente es un factor de igualdad y la jurisprudencia de nuestro TS ha confirmado que es inherente al cargo de administrador”; y de 25 de febrero de 2014, apunta que “si existe una previsión expresa de remuneración y del sistema de retribución por el ejercicio del cargo de administrador, es perfectamente posible que la determinación concreta de su cuantía (...) en función de los parámetros que se estimen convenientes, (...) trabajo efectivo llevado a cabo, resultados sociales, período de permanencia (...)”.

Cuestión distinta es cuando se refiere a la remuneración a percibir por el administrador por otro tipo de actividades ajenas al cargo, funciones ejecutivas, dónde la propia DGRN considera inocua e innecesaria la previsión estatutaria, véase RDGRN de 3 de marzo de 2013 y de 12 de mayo de 2014.

incorporada por la LSC de 2014 viene a reforzar la doctrina PAZ-ARES, de manera que la remuneración de los consejeros ejecutivos no alcanza el contenido del art. 217 de la LSC de 2014 y es el consejo de administración, y no la junta general, quien debe fijar los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos⁴⁰⁷. Y añadimos que la teoría del vínculo pierde su esencia en relación con el consejo de administración, pues aparece una nueva relación jurídica contractual de servicios diferente al de su mera condición de consejero, sin necesidad que exista previsión estatutaria por la remuneración percibida por tal relación ni su sistema de remuneración.

A continuación exponemos los sistemas remuneración previstos en la LSC de 2014 (mediante participación en beneficios y vinculada a las acciones de la sociedad) y otros sistemas que por práctica societaria se pueden destacar.

6.5.2.- La remuneración mediante participación en beneficios.

El sistema de remuneración mediante participación en beneficios viene regulado expresamente en el art. 218 la LSC de 2014⁴⁰⁸. Este sistema busca estimular a los administradores vinculando su remuneración a la obtención de beneficios por parte de la

⁴⁰⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*, ob. cit., pp. 56 a 62. En la misma línea de opinión, CABANAS TREJO, R., “*La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad*”, Diario La Ley, núm. 8494, Ed. La Ley, Madrid, año 2015, pp. 1 a 5; CAMPINS VARGAS, A., “*Retribución de administradores ejecutivos: dónde estamos y a dónde vamos*”, publicado en Derecho Mercantil, 13 de agosto de 2014, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/08/retribucion-de-administradores.html>, consultado el 31 de mayo de 2017; y DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 89.

Resulta interesante el dictamen del Consejo de Estrado, núm. exp. 837/2014 (Justicia), aprobado el 29 de enero de 2015, sobre el anteproyecto de Ley del Código Mercantil, así, en relación a la regulación de la remuneración del consejero delegado o del consejero con funciones ejecutivas que se incorpora (en línea con la LSC de 2014), recuerda la crítica emitida por el TS. El Alto Tribunal considera preocupante la regulación de los contratos entre la sociedad y los consejeros delegados o con funciones ejecutivas, en cuanto admite una dualidad de regímenes jurídicos de retribución, uno contractual y otro estatutario, que no se encuentra objetivamente justificada, y permite que las retribuciones sean fijadas exclusivamente por el consejo de administración, sin necesidad de previsión estatutaria ni intervención de la junta de socios.

⁴⁰⁸ El art. 218 de la LSC de 2014, contiene la remuneración mediante participación en beneficios, tanto en la SL como en la SA. Con relación a la SL, la LSC de 2010 introdujo una modificación consistente en que en los estatutos sociales es posible fijar no sólo la concreta participación, como sucedía en la legislación anterior de la LSRL (art. 66), sino que también el porcentaje máximo de la misma.

La LSC de 2014 mantiene las cautelas y límites de este tipo de remuneración de los administradores, si bien incorpora un párrafo introductorio común, de modo que “Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los 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.”

sociedad y, a su vez, proteger los intereses de socios y terceros (que no resulten perjudicados por remuneraciones abusivas afectando al patrimonio empresarial).

Para SÁNCHEZ CALERO este sistema vincula los accionistas (socios) de la sociedad (por la obtención de dividendos) con el interés (estímulo) de los administradores por cobrar esa remuneración⁴⁰⁹. Compartimos la opinión de que la remuneración, a su vez, depende de la generación o no de beneficio en la sociedad. Si no se produce beneficio, o habiéndolo no se cumplen los requisitos previstos en la LSC de 2014, no existirá esta modalidad de remuneración.

Por lo que su aplicación queda condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- El porcentaje de participación;
- La base para su cálculo; y
- La prelación en el pago.

a) Porcentaje de participación.

La cláusula estatutaria ha de fijar concretamente la participación en los beneficios o, alternativamente, el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, corresponde a la junta general determinar el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales⁴¹⁰.

En la SL, el porcentaje máximo de participación en este sistema, en ningún caso, puede superar el diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios⁴¹¹. Con

⁴⁰⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 285. El autor señala que este sistema de remuneración se supedita a los buenos resultados económicos de la sociedad, de manera que estimula una actuación diligente del administrador.

⁴¹⁰ La DGRN ha exigido la necesidad de que los estatutos determinen “concretamente la participación” lo que lleva a considerar como ilícitas las cláusulas estatutarias que no la indiquen con certeza, claridad y precisión para ser posible determinar su base. No es suficiente con la previsión de un límite máximo de retribución, ni una franja con un mínimo y un máximo entre los cuales la junta general pueda decidir anualmente. Véase las resoluciones de la DGRN de 26 de abril de 1989; de 20 de febrero de 1991; de 11 de diciembre de 1995; de 6 de mayo de 1997; y de 21 de septiembre de 1999, entre otras.

Sin embargo, esta doctrina registral se resolvió con anterioridad a los cambios legislativos contenidos en el art. 218 de la LSC de 2010.

La LSC de 2014 mantiene la posibilidad estatutaria del “porcentaje máximo” de la participación en los beneficios como sistema de remuneración en la SL y lo amplía a la SA, muy acertadamente.

⁴¹¹ El art. 218.2 de la LSC de 2014 regula la remuneración mediante participación en beneficios en la SL. En consecuencia, se admite que, este sistema de remuneración, se exprese en los estatutos sociales a

esta limitación se intenta proteger los intereses de los socios por su derecho a cobrar de los beneficios de la sociedad. Sin embargo, los administradores reciben sus remuneraciones a pesar de que los socios no perciban sus dividendos, lo cual no nos parece muy adecuado en defensa del interés social y del valor empresa. Es decir, el derecho a la remuneración de los administradores mediante participación en beneficios no está supeditado al reparto o no de dividendos a los socios (a diferencia de la SA). Y esto es debido a que partimos del concepto de beneficio, lo que nos lleva al derecho a la remuneración. Además, este beneficio ha de ser repartible, por lo tanto, que realmente se pueda repartir⁴¹².

En este sentido, SÁNCHEZ CALERO justifica ese derecho a la remuneración aunque no se efectúe reparto de dividendos a los socios en el carácter cerrado de la SL y en el poder *de facto* de la junta general en el interés común de todos los socios⁴¹³.

Según ESTEBAN VELASCO, esta modalidad de remuneración (en la SL) promueve el interés de los administradores por la marcha de la sociedad. No obstante, el límite máximo establecido de la participación protege el interés de los socios, por el abuso que se haga de las remuneraciones. De este modo, la junta general, dentro del límite estatutario podrá decidir convenientemente⁴¹⁴.

Por su parte, en la SA no existe límite al porcentaje máximo de participación en este sistema de remuneración⁴¹⁵, recordemos que en la SL no puede superar el límite del diez

través de una cantidad concreta o un porcentaje preciso (o máximo), no obstante, “el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios”. Observamos que la LSC de 2014 mantiene el límite del diez por ciento de los beneficios repartibles en la SL.

⁴¹² Constituye el beneficio repartible la cantidad a repartir efectivamente (resultado del ejercicio de acuerdo con el balance de la sociedad aprobado) tras las asignaciones que se deben atender. Tales asignaciones son las previstas para reservas obligatorias, legales, estatutarias y de compensación de pérdidas, de conformidad con lo establecido en los arts. 272 y 273 de la LSC de 2014.

⁴¹³ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 300.

⁴¹⁴ ESTEBAN VELASCO, G.: “*La administración de las sociedades de capital*”, Revista de Sociedades, núm. 36, Ed. Aranzadi, Navarra, año 2011, pp. 155 y 156.

⁴¹⁵ El art. 218.3 de la LSC de 2014 establece la remuneración mediante participación en beneficios en la SA. La redacción de la LSC de 2010, de igual contenido que el anterior art. 130 de la LSA, ha sido mejorada y plantea la remuneración de los administradores después de atender una serie de asignaciones (reserva legal y estatutaria y dividendos), en defensa de terceros relacionados y de los accionistas de la sociedad. En consecuencia, “la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.”

por ciento de los beneficios repartibles entre los socios. Pues en este caso, la participación se condiciona a una serie de presupuestos o *conditio iuris* previstos para el cobro de la remuneración. De tal forma, que la remuneración de los administradores depende de la dotación, con carácter previo, de reservas legal y estatutaria y del reparto de dividendos a los accionistas⁴¹⁶.

Por tanto, como presupuesto para proceder a la remuneración de los administradores, se debe garantizar la protección de los accionistas. Tal protección de los socios o accionistas se produce por el reconocimiento a éstos de un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos sociales hubieran establecido.

Compartimos la opinión de SÁNCHEZ CALERO que la condición de atender las asignaciones previstas en la LSC de 2014 no pone límite a las remuneraciones consistentes en una participación en los beneficios⁴¹⁷. Por ello, es necesario que la participación en los beneficios no resulte perjudicial a los intereses de los socios y de terceros relacionados con la sociedad.

b) Base de cálculo.

La remuneración de los administradores mediante participación en beneficios está supeditada a la obtención de tal beneficio que, además, sirve de base para su cálculo. El beneficio repartible o neto, que lo entendemos como beneficio líquido, se identifica con el beneficio del ejercicio (social) según el resultado, es decir, el que aparece en el saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad⁴¹⁸.

⁴¹⁶ En este sentido, resulta muy elocuente la STS de 19 de febrero de 2001 (FJ 3º) señalando que “el reconocimiento del derecho de retribución de los administradores por participación variable en los beneficios exige como presupuestos que se cubran las reservas legal y estatutaria (ésta si la hubiere), así como los dividendos previstos en los estatutos, cuya determinación tiene carácter anual, - la participación ha de provenir de los beneficios líquidos anuales, fijados y aprobados por la junta general de la sociedad - sin que quepa acumular los beneficios de un año a otros para determinar la existencia de la ganancia”.

⁴¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 286.

⁴¹⁸ El resultado de la empresa (sociedad) es la consecuencia de su actividad y, si nos limitamos a un período de tiempo determinado, lo denominamos resultado del período. Este resultado consiste en la diferencia entre los ingresos y los gastos imputables a un período (o ejercicio que normalmente coincide con el año natural). El beneficio del período es la diferencia positiva entre ingresos y gastos de la sociedad; y la pérdida (del período) es la diferencia negativa entre dichos conceptos.

Las definiciones de ingresos y gastos vienen recogidas en el art. 36.2 del CCom. y en el PGC de 2008 (1ª Parte), dentro del Marco Conceptual de la Contabilidad, en su 4º punto, de elementos de las cuentas anuales. El formato de la cuenta de pérdidas y ganancias se establece en el art. 35.2 del CCom. y en el PGC de 2008 (3ª Parte) sobre cuentas anuales, norma 7ª.

El importe del IS se considera un gasto del ejercicio, por lo tanto debe deducirse previamente para la determinación de la base de cálculo de la participación en el beneficio.

La alusión al beneficio (neto) permite entender que de haber beneficios en el ejercicio social, los administradores tienen derecho a tal remuneración. El resultado del ejercicio y, por tanto el beneficio obtenido, está sujeto al acuerdo de aprobación de cuentas y a las reglas de aplicación de ese beneficio, si existe⁴¹⁹. Veamos para una mejor comprensión la base del cálculo de la participación en la SL y SA.

En la SL, el art. 218.2 de la LSC de 2014 se refiere al concepto de “beneficios repartibles” como base del cálculo para este sistema de remuneración. Así, el texto literal de la norma confirma que la base del cálculo hace referencia al propio beneficio (a nuestro entender beneficio neto). Ahora bien, SANJUÁN Y MUÑOZ aclara que el concepto que sirve de base de cálculo para la participación en beneficios es el beneficio neto⁴²⁰. Es decir, el beneficio que se obtiene después de atender las coberturas legales (reservas y compensación de pérdidas) y estatutarias es el beneficio reducido (neto) y éste constituye la base del cálculo de la remuneración, opinión que apoyamos⁴²¹.

Para la SA, la base del cálculo de la participación en beneficios queda regulada en el art. 218.3 de la LSC de 2014. A diferencia de la SL, alude como base de cálculo a “los beneficios líquidos” y se limita a señalar el pago de la remuneración después de cubrir las previsiones legales y estatutarias y de reconocer un dividendo a los accionistas. Lo que viene a indicar que la remuneración consiste en una participación en los beneficios y que esta participación se ha sustraer de los beneficios repartibles, entendidos como

⁴¹⁹ La aprobación de las cuentas de las sociedades de capital está regulado en el Capítulo V del Título VII de la LSC de 2014 (arts. 272 a 278). En particular, el art. 272, sobre la aprobación de las cuentas y el art. 273 de la LSC de 2014, que trata la aplicación del resultado y las reglas que se exigen. Para el reconocimiento del derecho a la remuneración mediante participación en beneficios es necesario la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad por la junta general. Y, de tal aprobación, la junta general acordará sobre la aplicación del resultado del ejercicio (beneficio o pérdida) de acuerdo con el balance aprobado. La STS de 19 de febrero de 2001 (FJ 3º), y que cita a otras tantas, sostiene que “el beneficio que ha de tenerse en cuenta para fijar la participación de los administradores (en beneficios) debe ser la ganancia obtenida en el ejercicio social y no el beneficio acumulado en otros años”. Y la STS de 15 de junio de 2006 (FJ 2º) trata la naturaleza de la relación sociedad-administrador que ha sido remunerado mediante el sistema de reparto del beneficio.

⁴²⁰ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “La retribución de los administradores de las sociedades”,.... ob. cit., p. 873. El autor comenta que los beneficios repartibles se refiere a los beneficios que efectivamente se deban repartir, habiendo excluido todas las deducciones legales y estatutarias, de ahí el término de beneficio neto. También, en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 299; y GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La remuneración de los administradores.....”, ob.cit., p. 1559.

⁴²¹ En la línea de lo apuntado, el sistema de remuneración mediante participación en beneficios debe respetar las previsiones y reglas de los arts. 273 y 274 de la LSC de 2014, sobre aplicación del resultado y reserva legal, respectivamente, dada la base de cálculo de que se parte para este tipo de remuneración.

beneficios líquidos. Así, el beneficio del ejercicio una vez restadas las coberturas previstas será el beneficio líquido o repartible (neto).

En ambos casos (SL y SA) el beneficio repartible o líquido del ejercicio puede verse limitado por las pérdidas soportadas en ejercicios anteriores. La defensa y protección del patrimonio social obliga a destinar el beneficio a la compensación de dichas pérdidas, como también impide el reparto de dividendos cuando el valor del patrimonio neto sea inferior al capital social⁴²².

Siguiendo a POLO SÁNCHEZ los beneficios líquidos se refieren al beneficio según el balance, pero sin contar los beneficios acumulados en ejercicios anteriores, si los hubiere⁴²³. Cuestión que nos parece del todo razonable ya que se basa en un sistema de remuneración sobre el beneficio del ejercicio social en curso.

c) Prelación en el pago.

El sistema de remuneración mediante participación en beneficios reclama, previamente, una prelación u orden en el pago para cubrir unas exigencias, tras las cuales, si procede, el administrador percibirá su remuneración. Veamos los presupuestos previstos en la LSC de 2010 (y que mantiene convenientemente la LSC de 2014) o *conditio iuris*:

- La dotación de la reserva legal (art. 274.1).
- La dotación de reservas estatutarias (si así estuvieran previstas).
- La detracción del dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales, correspondientes a las participaciones sociales y las acciones sin voto (art. 99)⁴²⁴.

⁴²² El art. 273.2 de la LSC de 2014 protege el patrimonio social de modo que impide repartir dividendos con cargo al beneficio del ejercicio siempre que el valor del patrimonio neto (capital social, resultados acumulados y otras aportaciones de socios) sea inferior al capital social. Asimismo, si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior al capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.

⁴²³ POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”...., ob. cit. p. 130. Se identifica el beneficio líquido con el beneficio del ejercicio social según el balance, excluyendo los beneficios acumulados de ejercicios anteriores. En cambio, el beneficio líquido o del ejercicio puede verse limitado por la existencia de pérdidas de ejercicios anteriores (art. 273.2 de la LSC de 2014).

⁴²⁴ El art. 99 de la LSC de 2010 (y de 2014) versa sobre el dividendo preferente para los titulares de participaciones sociales y las acciones sin voto. El redactado del apartado 1 conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm. 210, de 30 de agosto de 2010.

- La reserva de los derechos especiales de contenido económico a favor de los fundadores y los promotores de la SA, en su caso (art. 27)⁴²⁵.
- El reconocimiento a los accionistas (SA) de un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hubieran establecido (art. 218.3)⁴²⁶.

Después de cumplir con las previsiones citadas podrá abonarse a los administradores su participación en los beneficios. No obstante, en la SL los administradores tienen derecho a la remuneración, aunque la junta general no acuerde el reparto de dividendos a los socios (ordinarios), no así en la SA que expresamente se ha de garantizar un dividendo mínimo a los accionistas. Aunque en los dos tipos societarios (SL y SA) se ha de considerar lo establecido en el art. 273.2 de la LSC de 2014, sobre el reparto de dividendos⁴²⁷.

Con respecto a la SA, señala GALLEGO SÁNCHEZ que la referencia a los beneficios líquidos no determina de forma precisa si la participación debe calcularse antes o después de efectuar las asignaciones que exige el art. 218.3 de la LSC⁴²⁸. Eso sí, la participación en beneficios ha de calcularse a partir de los beneficios líquidos (o beneficios netos). No obstante, el derecho a la citada remuneración presupone la cobertura de las asignaciones legales, estatutarias y el reparto de dividendos a los

⁴²⁵ El art. 27 de la LSC de 2010 (y de 2014) establece las ventajas de los fundadores de la SA o bono fundador que puedan reservarse en los estatutos sociales.

⁴²⁶ En la SA, la remuneración de los administradores consistente en una participación en beneficios depende, en última instancia, del reparto de dividendos. De este modo, si se cumple con las otras asignaciones previstas y no se atiende el reparto de dividendos, difícilmente existirá la participación en los beneficios. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto del reparto de dividendos. Para el TS el reparto de dividendos requiere de un acuerdo de junta general. Véase las SSTs de 10 de octubre de 1996 (FJ 1º); de 19 de marzo de 1997 (FJ 1º); y de 25 de octubre de 2002 (FJ 4º).

⁴²⁷ Además, se ha de tener en cuenta, tanto en la SL como en la SA, lo dispuesto en el art. 273.2 de la LSC de 2014, de modo que “sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social”. Igualmente, si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. En tales casos, se produce falta de presupuesto para que los administradores tengan el derecho a su participación en beneficios.

Por su parte, la DGRN en Resolución de 15 de julio de 2015 no admite la previsión estatutaria de una remuneración para los administradores consistente en un porcentaje de los beneficios antes de impuestos por no satisfacer las exigencias legales (art. 218.3 de la LSC de 2014), es decir, no se prevé expresamente que su abono deba respetar: la atención a las reservas legales y otras partidas legalmente obligatorias (como compensación de pérdidas); las reservas estatutarias; y el dividendo mínimo establecido en los estatutos o el del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones.

⁴²⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La remuneración de los administradores.....”, ob.cit., p. 1559.

accionistas⁴²⁹. De tal manera, que si no existen beneficios o se acaban con las distribuciones exigidas del mismo, el administrador no percibirá la remuneración, criterio que compartimos.

Concluye SÁNCHEZ CALERO que este sistema de remuneración de los administradores procede de los beneficios líquidos y, por tanto, son la base del cálculo de esa remuneración⁴³⁰. Entendemos, entonces, los beneficios líquidos (equivalente a beneficios netos) como la base del cálculo de la participación en beneficios no disminuidos por las asignaciones obligatorias, legales y estatutarias efectuadas. Por consiguiente, la percepción de la remuneración mediante una participación en beneficios requiere, por un lado, que haya beneficio en el ejercicio social y, por otra parte, la atención de las asignaciones previstas de esos beneficios.

Y es que puede darse el caso que, una vez cubiertas los presupuestos legales y estatutarios, no se pueda abonar la cuantía del porcentaje fijado (remuneración) porque no haya suficiente beneficio repartible. Los administradores perderán su derecho a tal remuneración, pues se trata de una participación anual (sobre el resultado del ejercicio social) no compensable y no se puede recuperar con futuros beneficios de ejercicios posteriores, situación que aprobamos dado el principal interés de proteger el patrimonio de la sociedad.

Finalmente, recordemos que la remuneración devengada por los administradores mediante este sistema, como cualquier otro tipo de remuneración percibida, debe informarse en la memoria (ordinaria o abreviada) de la sociedad, de forma global por concepto retributivo⁴³¹. Asimismo, la remuneración de los administradores será considerada como un gasto del ejercicio social y no aplicación del resultado, abordaremos esta cuestión en el capítulo 7.

⁴²⁹ La remuneración mediante participación en beneficios, en la SA y en la SL, debe cubrir las asignaciones previstas en los arts. 273 y 274 de la LSC de 2014, sobre aplicación del resultado y reserva legal, respectivamente. Sin embargo, en la SA, al contrario que en la SL, el reparto de dividendos es primordial y preferente para el cobro de las remuneraciones bajo esta modalidad.

⁴³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 288.

⁴³¹ Véase al respecto los arts. 260.Undécima y 261 de la LSC de 2014, sobre contenido de la memoria y memoria abreviada, respectivamente, según redacción de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

6.5.3.- La remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

El sistema de remuneración vinculado a las acciones de la sociedad pretende incentivar y motivar a los administradores de la misma. De este modo, mediante este sistema relacionado con las acciones aumenta el sentido de pertenencia, fidelidad y compromiso a la sociedad y, por tanto, mejora la eficacia de la gestión social de los administradores. Además, este sistema retributivo está relacionado de manera directa con el valor de las acciones. Así, una gestión empresarial más beneficiosa (positiva) redundará en aumento de valor de las acciones de la sociedad. Conforme a ello, los intereses de los administradores van en la misma línea que los accionistas (asumen el riesgo empresarial propio del accionista). Entonces, en este sistema de remuneración comprobamos un doble objetivo, a nuestro parecer positivo para el gobierno corporativo:

- Estimular a los administradores en el desempeño del cargo; y
- Generar valor en la empresa.

La LSC de 2014, en su art. 219, regula la remuneración mediante acciones o vinculada a su evolución⁴³². Por lo tanto, este sistema de remuneración sólo alcanza a la SA, cotizadas y no cotizadas y la LSC permite su implantación en toda SA. Según el citado precepto, podemos distinguir tres sistemas (o planes) de remuneración basados en las acciones de la sociedad⁴³³:

- La entrega de acciones.
- La entrega de opciones sobre las acciones.
- La retribución referenciada al valor de las acciones.

⁴³² Este precepto no sufrió variación con la entrada en vigor de la LSC de 2010. Anteriormente regulado en el art. 130 de la LSA fue introducido por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La LSC de 2014 mejora su redactado para facilitar una mayor información sobre este sistema de remuneración vinculado a las acciones de la sociedad. Pese a su escasa tradición en Europa, es innegable su implantación generalizada, sobre todo en las SA cotizadas y, particularmente, en el sector tecnológico. La delimitación del presente trabajo no contempla los requisitos de transparencia y exigencias legales de las sociedades cotizadas por no ser objeto de su estudio.

⁴³³ El nuevo redactado del art. 219.1 de la LSC de 2014, sobre remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, establece que “En la SA, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas”.

De los tres sistemas que se incluyen, el más utilizado es el que se concede al administrador una opción sobre un paquete de acciones de la sociedad, conocidos como *stock options plans*.

En este sentido, SÁNCHEZ CALERO critica la aplicación de este sistema de remuneración en la SA no cotizada⁴³⁴. En general, este sistema presenta dificultades de aplicación para las sociedades que no cotizan en Bolsa o en un mercado organizado. Además, someter un régimen de remuneración al valor de las acciones presupone que ese valor esté referenciado a un indicador o valor bursátil. Tales valoraciones las recogemos y compartimos totalmente.

Cualquiera que sea el sistema de remuneración vinculado a las acciones de la sociedad se establece dos requisitos de aplicación obligatoria⁴³⁵:

- La previsión estatutaria; y
- La aprobación por la junta general.

a) Previsión estatutaria.

Este requisito tiene carácter general, pues es aplicable a todos los sistemas de remuneración de los administradores en su condición de tales. De esta manera, el incumplimiento de la mención en los estatutos sociales comporta la inexistencia de este tipo de remuneración. La previsión estatutaria no exige, o al menos eso creemos, la concreción del plan de retribución⁴³⁶.

b) Aprobación de la junta general.

La aplicación de estas formas de remuneración o planes diseñados por el órgano de administración requiere, previamente, de un acuerdo de la junta general de accionistas. Tal acuerdo deberá, en su caso, incluir⁴³⁷:

⁴³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, ob. cit., p. 295. El autor hace referencia al informe Olivencia (Código Olivencia de 1998) sobre recomendaciones en el buen gobierno de las sociedades, en especial las SA grandes empresas y cotizadas.

⁴³⁵ Para el caso de que no se dieran los requisitos citados, podríamos entender que se trata de un supuesto de asistencia financiera (de la SA) para facilitar la adquisición de sus acciones, lo que se encuentra expresamente prohibido, excepto que la asistencia financiera se preste a quienes reúnan la condición de trabajadores de la sociedad (art. 150 de la LSC de 2010, redactado conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm. 210, de 30 de agosto de 2010, y que mantiene su texto en la LSC de 2014).

⁴³⁶ De conformidad con esta exigencia se cumple la norma general en materia de remuneración (art. 217.1 de la LSC de 2014) que, de existir tal remuneración, conste en los estatutos sociales el sistema de remuneración determinado. Sin embargo, no queda claro en el art. 219 de la LSC que se exija la concreción del sistema ni la prohibición de prever varias modalidades, más bien, sólo el aspecto cualitativo de la remuneración, es decir, los conceptos que integran la misma.

⁴³⁷ El art. 219.2 de la LSC de 2014 contiene los requisitos del acuerdo de la junta general de accionistas para la aplicación de los planes o sistemas de remuneración vinculado a las acciones de la sociedad. La enumeración expresa de los elementos que integran el acuerdo de la junta general se han de considerar como contenido mínimo. Por ejemplo, pueden existir otras cláusulas habituales como:

- el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración;
- el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones;
- el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia; y
- el plazo de duración del plan.

Entre los sistemas o planes diseñados que incluye la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad destacamos, por ser el más habitual, el de opciones sobre acciones (*stock options*)⁴³⁸. Es un sistema de remuneración variable consistente en la concesión de opciones sobre las acciones de la sociedad y se materializa en un documento dónde se recoge los elementos y condiciones por los que se regula. El administrador recibe una opción sobre un paquete de acciones sociales como remuneración, por un plazo y un precio determinado (preestablecido en el momento de concesión de la opción), a ejecutar o no transcurrido el período de vigencia de la opción⁴³⁹.

-
- La previsión de un dictamen de un experto independiente sobre el plan de retribución.
 - La “cláusula de *acceleration*”, que permite en determinados supuestos el ejercicio anticipado del derecho de opción (jubilación o fallecimiento).
 - El número de opciones a ejercitar por cada directivo sea proporcional a su antigüedad en la empresa.

⁴³⁸ Los planes de opciones sobre acciones o *stock options* (denominación anglosajona por tener su origen en el derecho norteamericano) es un sistema de remuneración vinculada a las acciones de la sociedad que engloba diversidad de modalidades variables, cuyo denominador común va relacionado con el valor de las acciones. Así, para el caso de que el valor de las acciones se haya incrementado desde la concesión de la opción, normalmente, será ejecutada por el administrador (ya que aumenta su ganancia) llegado el vencimiento.

⁴³⁹ El plan de entrega de acciones o de opciones sobre éstas ha de contener los elementos y condiciones por los que se regula. Así, en su caso, debe prever la forma en que se van a adquirir las acciones comprometidas (por ejemplo, la adquisición de acciones propias o el aumento de capital). Es difícil determinar *a priori* y de forma generalizada el contenido de un *stock options plans*, pero *ad exemplum* podemos relacionar los elementos más característicos que suelen incorporarse:

- La definición de los beneficiarios o adjudicatarios (consejeros o directivos).
- La determinación del bien o derecho objeto de concesión (entrega directa de acciones, derechos de opción sobre acciones o cualquier otro derecho referenciado al valor de las acciones).
- El número de acciones u opciones objeto de concesión.
- El plazo, tramos y condiciones de ejercicio.
- El tipo de cobertura (autocarera o ampliación de capital).
- La determinación del carácter gratuito o no.
- El régimen de transmisibilidad.
- El órgano de la sociedad encargado de administrar el plan.
- Las causas de la pérdida de la condición de beneficiario.
- Las cláusulas anti-dilución ante futuras modificaciones de la cifra de capital social.

Reiteramos el deber de informar en la memoria (ordinaria o abreviada) de la sociedad de cualquier tipo de remuneración devengada en el curso del ejercicio social por los miembros del órgano de administración, sea cual sea su causa.

Concluimos que, no quedando claro el grado de concreción del sistema de remuneración o plan vinculado a las acciones de la sociedad, el acuerdo de la junta general de accionistas deberá contener el número máximo de acciones que se podrán asignar cada ejercicio a este sistema. También, la junta general podrá elegir entre acordar el precio de ejercicio de las opciones sobre acciones o determinar el sistema de cálculo de dicho precio. Pero lo cierto es que corresponderá al órgano de administración concretar el número de acciones que se asignarán en cada ejercicio a este sistema de remuneración, dentro del máximo establecido por la junta general, y su precio concreto, si por la junta se ha establecido el sistema de cálculo del precio de ejercicio de los derechos de opción.

6.5.4.- Otros sistemas de remuneración.

Como ya hemos explicado en el apartado 6.4, la LSC de 2014 no prohíbe ni impone ningún sistema determinado de remuneración de los administradores. La sociedad dispone de libre elección en el sistema de remuneración, de hecho el art. 217.2 de la LSC de 2014 establece una enumeración abierta de sistemas de remuneración a modo de ejemplo, de manera que estos pueden consistir en cantidades fijas, variables o en una combinación de ambas. También, en la práctica societaria adquieren cada vez más importancia los llamados sistemas de remuneración indirectos. Estas modalidades se refieren a las retribuciones *in natura* o en especie (por ejemplo, vivienda, asignación de vehículo, primas de seguros, entre otros). Enunciaremos de manera muy breve algunos de los posibles sistemas de remuneración.

1. **Retribución fija.** Los estatutos sociales previenen una cantidad fija como remuneración a los administradores. De conformidad con ello, la remuneración anual máxima será fijada por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Es decir, la remuneración deberá estar a lo regulado por el art. 217 de la LSC de 2014. La cantidad a percibir puede ser una retribución fija de forma mensual,

trimestral, semestral o en una sola vez, por ejercicio social. Si el administrador desempeña su cargo durante una parte del período, entendemos que el criterio para su retribución será proporcional al tiempo en que efectivamente ha ejercido sus funciones.

En este sistema también existe la problemática sobre la distinción entre la retribución fija, asignada para los administradores por el desempeño de su cargo societario, y la remuneración que pudiera existir por un contrato de alta dirección con la sociedad, por parte de algún administrador. La compatibilidad o no de la naturaleza de la relación sociedad-administrador o doctrina del vínculo, a la que ya nos hemos referido en los apartados 5.5.2 y 6.2.3, sobre la compatibilidad de la relación laboral y el aspecto subjetivo de la remuneración, respectivamente⁴⁴⁰.

Este tipo de retribución tiene la consideración de gasto para la sociedad en el IS, con las consecuencias fiscales que veremos en capítulo 7, así como su integración en el IRPF para el administrador que lo percibe, que también trataremos en el capítulo 8. Los administradores tienen derecho a su percepción independientemente del resultado del ejercicio económico de la sociedad⁴⁴¹.

2. Retribución por dietas. Este sistema de remuneración consiste en retribuir a los administradores por su asistencia a las reuniones del órgano de administración con una cantidad (dieta), normalmente fija⁴⁴². Si bien, no queda claro que los administradores puedan devengar dietas por su asistencia a la junta general, estando obligados a ello (art. 180 de la LSC de 2010 y de 2014). Además, nos parece criticable este tipo de

⁴⁴⁰ La naturaleza mercantil o laboral de la remuneración y su compatibilidad ha sido explicada en este mismo capítulo, en el apartado 6.2.3. sobre el ámbito subjetivo de la remuneración. En esta línea de argumentación, resulta clara la STS de 21 de abril de 2005 (FJ 3º). También, como hemos visto la LSC de 2014 refleja un cambio de escenario en la teoría del vínculo, al menos en lo que se refiere al modo de organizar la administración de la sociedad como consejo de administración, más aún tras la modificación del art. 249 e introducción del art. 249 bis de la citada norma.

⁴⁴¹ Al respecto, la resolución de la DGRN de 17 de febrero de 1992 apunta que la retribución fija es independiente de los resultados económicos del ejercicio en que hayan de abonarse.

⁴⁴² No debe confundirse el concepto de dieta en el sentido laboral y en el mercantil. Así, el concepto de dieta por asistencia a las reuniones tiene carácter retributivo para los administradores, mientras que la dieta por los gastos soportados en el ejercicio de la actividad (como desplazamiento o manutención, entre otros) adquiere matiz de compensación.

Este sistema de pago depende del número de reuniones a las que asiste (variable) y del importe de la dieta (fijo). Pero, tales reuniones dependen del órgano de administración que es quién las convoca, lo que supone implícitamente una delegación (no legal) de la fijación de la retribución a favor del propio órgano social (de administración). En este sentido, una previsión estatutaria que limitara el número de reuniones retribuidas o delegando en la junta general la fijación de un máximo de percepción por dietas, acotaría el margen de actuación del órgano de administración.

remuneración en las estructuras simples de organización de la administración de la sociedad como es el caso de administrador único y administradores solidarios, dónde apenas hay reuniones. En cambio, aceptaríamos su retribución por dietas en el supuesto de administradores mancomunados y, sin ninguna duda, como consejo de administración.

Las dietas tienen la consideración de gasto para la sociedad y comporta sus implicaciones fiscales tanto para aquella (la sociedad) en el IS como para el administrador en su IRPF, como comprobaremos en los próximos capítulos. Las dietas pueden percibir las los administradores con independencia de la situación económica de la sociedad. Este tipo de remuneración deberá cumplir con las exigencias del art. 217 de la LSC de 2014.

3. Participación en los negocios de la empresa. En este sistema partimos de la cifra de negocios de la sociedad⁴⁴³, de tal manera que la remuneración consiste en una participación en las ventas de aquella. Ahora bien, no deja de ser un sistema de remuneración arriesgado y sin límites (a diferencia de lo que ocurre con la remuneración mediante participación en beneficios). El administrador, con tal de obtener mayor recompensa, puede realizar cualquier tipo de operaciones comerciales sin control del resultado o sin la garantía adecuada. No obstante, puede ser útil para estimular las ventas o para la promoción de productos o de servicios. En la remuneración de esta clase es aconsejable incorporar alguna garantía que presten los administradores dado el riesgo inherente. En este caso, también se deberá estar a las exigencias contenidas en el art. 217 de la LSC de 2014.

La remuneración será un gasto para la sociedad y tiene sus consecuencias fiscales en el IS y en el IRPF⁴⁴⁴.

4. Retribución en especie. No existe impedimento alguno a la existencia de un sistema de remuneración de los administradores que, en vez de abonar en efectivo, se

⁴⁴³ Entendemos la cifra de negocios de la sociedad como el volumen de ventas o de ingresos obtenidos por ésta en un ejercicio económico, que normalmente coincide con el año natural. Igualmente, véase el art. 35.2 del CCom.

⁴⁴⁴ Las implicaciones fiscales de la remuneración de los administradores como gasto en el IS las trataremos en el capítulo 7, mientras que las del IRPF para el administrador que las percibe en el capítulo 8.

remunere mediante otras formas o formulas retributivas, con los mismos requisitos expuestos en el apartado 6.5.1. También, en este caso, nos referimos a la remuneración por el ejercicio del cargo de administrador de la sociedad, en su condición de tal.

Reiteramos que la remuneración será un gasto para la sociedad y tendrá sus consecuencias fiscales en el IS y en el IRPF⁴⁴⁵. Y todo ello teniendo en cuenta que se deberá cumplir con lo dispuesto en el art. 217 de la LSC de 2014.

A modo de ejemplo de este tipo de sistema de remuneración, entre otros, podemos indicar: el uso de la vivienda; el uso de un vehículo; el otorgamiento y el pago de pólizas de seguro; la concesión de préstamos a interés inferior al de mercado; la utilización de residencias propiedad de la sociedad en períodos vacacionales; el abono de derechos de entrada y cuotas de clubs deportivos; o el uso de tarjetas bancarias.

⁴⁴⁵ La transcendencia fiscal de las remuneraciones satisfechas a los administradores como gasto en el IS se analizan en el capítulo 7 y la incorporación como rendimiento del trabajo en el IRPF para el administrador que las percibe en el capítulo 8.

PARTE II: LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL

7.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL DEL IS.

La remuneración de los administradores de las sociedades de capital es uno de los problemas más relevantes en el mundo empresarial. No sólo por los abusos que se han hecho de los sistemas de remuneración y su influencia en los resultados económicos de la sociedad, sino por el conflicto de intereses de socios, administradores y terceros relacionados. La remuneración de los administradores adquiere mayor importancia debido a la débil regulación mercantil, como ya hemos explicado en capítulos anteriores.

La prestación de servicios a la sociedad al margen de las funciones propias del cargo de administrador introdujo la relación laboral junto con la preestablecida relación mercantil. La naturaleza de la relación sociedad-administrador determina su carácter laboral o mercantil, lo que dará lugar a un régimen retributivo distinto. Así, surgen los problemas de incompatibilidad de la relación mercantil con la laboral, absorbiendo la primera a ésta última⁴⁴⁶. Los sistemas de remuneración son fórmulas de pago por las funciones que desempeñan en el ejercicio del cargo de administrador en su condición de tal. De esta forma, el régimen de remuneración debe constar en los estatutos sociales.

Pues bien, la remuneración de los administradores traspasa las incidencias del ámbito laboral y mercantil y la llamada doctrina del vínculo se traslada al ámbito fiscal. De hecho, la teoría del vínculo (1988) no ha trascendido al ámbito tributario hasta las conocidas SSTS de 13 de noviembre de 2008 (caso Mahou), dónde se niega la deducibilidad como gasto en el IS de las remuneraciones satisfechas a los administradores por sus funciones, consideradas de naturaleza mercantil⁴⁴⁷. En este contexto, la cuestión gira en torno a la deducibilidad fiscal de las remuneraciones de los

⁴⁴⁶ Recordemos el origen de la llamada teoría del vínculo (laboral-mercantil) a raíz de la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º) y con la regulación de la relación laboral especial de alta dirección a través del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Consúltense al respecto, el punto 5.5., sobre la calificación jurídica de la relación administrador-sociedad y, en sentido general, el ap. 6.2., sobre los ámbitos de la remuneración, del presente trabajo.

⁴⁴⁷ Las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º) tuvieron sus primeros efectos tributarios en el IS, de modo que no se admite la deducción como gasto de las remuneraciones satisfechas a los administradores de una conocida empresa cervecera por no constar en los estatutos sociales, dado que la naturaleza de la relación que le une con la sociedad es mercantil y no laboral.

administradores de la sociedad⁴⁴⁸, siendo la remuneración de los administradores motivo de gran controversia en el ordenamiento tributario, como examinaremos más adelante por los efectos de la teoría del vínculo en otros impuestos como son el IRPF, el IP, el ISD y el IVA.

Hasta ahora, ante la falta de legislación, ha tenido que ser la doctrina administrativa del TEAC y la DGT la que cubra esa necesidad sobre la deducibilidad fiscal de las remuneraciones en el IS. La acertada reforma fiscal en esta materia con la nueva LIS de 2015, derogando la LIS de 2004, y la reforma mercantil de la LSC de 2014 con una novedosa regulación de la remuneración de los administradores pretenden darle un sentido más flexible, a nuestro entender, a la doctrina del vínculo. En este capítulo nos centraremos y desarrollaremos la deducibilidad como gasto de las remuneraciones de los administradores en el IS⁴⁴⁹.

Avanzamos que uno de los aspectos clave de la deducción como gasto en el IS de la remuneración de los administradores son los requisitos exigibles, a los efectos de esa deducción. Para que resulte deducible como gasto en el IS será necesario que la remuneración esté contablemente registrada (gasto contable) y que quede determinada en los estatutos sociales (reserva estatutaria). Pero, también resulta ser de gran calado para la deducción fiscal observar la compatibilidad de la relación laboral (de alta dirección o no) y la mercantil (societaria de mandato) del administrador con la sociedad, es decir, la separación de funciones (ejecutivas y no ejecutivas) en la relación jurídica sociedad-administrador y su diferente régimen retributivo. Y es aquí donde la teoría del vínculo confirma la equivalencia de funciones entre las propias del cargo de administrador y las del alto directivo y niega la deducción fiscal en el IS de las remuneraciones satisfechas si no están previstas en los estatutos sociales.

En esta parte del trabajo desarrollaremos las repercusiones fiscales que tienen las remuneraciones de los administradores en función de los sujetos intervinientes como

⁴⁴⁸ En este ámbito fiscal resulta muy interesante el estudio realizado por RUIZ HIDALGO, C., profesora de Derecho Financiero y Tributario, sobre la teoría del vínculo y la retribución de los administradores, en *“La retribución de los administradores después de las sentencias Mahou”*, Revista Técnica Tributaria, núm. 95, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pp. 49 a 69.

⁴⁴⁹ Los cambios legislativos como la LIS de 2015 o la LSC de 2014 que han pretendido resolver las situaciones conflictivas creadas a raíz de la teoría del vínculo han dejado otras dudas no planteadas hasta la fecha sobre la remuneración de los administradores, a los efectos de su deducción como gastos en el IS, como veremos más adelante. De este modo, siguen existiendo conflictos entre las sociedades y la AEAT.

son la sociedad y los administradores. Esto es, la incidencia por la existencia de tales remuneraciones en las obligaciones tributarias de carácter directo que respecto a la sociedad será el IS (Capítulo 7) y del administrador será el IRPF (Capítulo 8). Y más tarde abordaremos las implicaciones fiscales en el orden de otros tributos como son el IP (Capítulo 9), el ISD (Capítulo 10) y el IVA (Capítulo 11).

La cuestión importante es la posible estimación de gasto fiscalmente deducible de las remuneraciones pagadas en el IS, pero también lo es saber qué se considera gasto fiscal y las condiciones que deben cumplirse para ser deducible. Por eso, con carácter previo, es preciso acotar el concepto de gasto a efectos fiscales.

7.1.- EL CONCEPTO DE GASTO A EFECTOS FISCALES.

Para determinar el concepto de gasto fiscal hemos de acudir al de gasto contable, dada la conexión existente entre la fiscalidad y la contabilidad. La contabilidad⁴⁵⁰ y su técnica contable están relacionadas con el desarrollo del comercio y de la industria y a las necesidades que han ido apareciendo, como el cálculo de los resultados económicos de la sociedad, los costes de la producción o la información a terceros. En la práctica, la contabilidad se deriva en dos sistemas complementarios de organización contable dirigidos hacia la información externa (contabilidad financiera o *financial accounting*) y hacia la información interna (contabilidad de gestión o *management accounting*).

El papel de la contabilidad y las informaciones que de ella provienen sirven de herramientas para conocer la capacidad económica y el patrimonio de las sociedades, y así determinar los diferentes impuestos (IS e IVA)⁴⁵¹ además de las operaciones realizadas por aquellas. Por tanto, la normativa fiscal utiliza la información suministrada

⁴⁵⁰ Según, DAVIDSON, S. Y WEIL, R. L.: “*Biblioteca McGraw-Hill de Contabilidad*”, t. I, ed. 3ª, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1990, pp. 1 a 3, la contabilidad se puede definir como “un sistema de información, cuya finalidad es ofrecer a los interesados información económica sobre una entidad. En el proceso de comunicación participan los que preparan la información y los que la utilizan”.

⁴⁵¹ La contabilidad constituye un elemento de referencia fundamental para el cálculo de los diferentes impuestos. En el IS, el resultado contable es el punto de partida para determinar la base imponible; en el IRPF igual para la correspondiente a las rentas de actividades económicas; en el IP y en el ISD la contabilidad sirve para valorar el patrimonio de las personas físicas afecto a actividades económicas; y asimismo en el IVA constituye un instrumento para el cálculo del importe total del IVA soportado y del IVA repercutido.

por la contabilidad para calcular la obtención de renta por el contribuyente, renta que constituirá la base de los impuestos, como consecuencia de la falta (en el ámbito fiscal) de la determinación de la renta obtenida por la sociedad, y que permite realizar las operaciones necesarias para concretar el pago del impuesto.

La llevanza de las cuentas está ligada a la noción de ingresos y gastos para el establecimiento de un estado de activos y pasivos (balance de la sociedad). La diferencia entre los ingresos y los gastos de un período determinado (ejercicio económico o social)⁴⁵² comporta el resultado (contable) del ejercicio. Y el hecho imponible y la concreción de la base imponible del IS⁴⁵³ parten del resultado contable, siempre que se haya determinado conforme al conjunto normativo en materia contable (art. 10 de la LIS de 2015)⁴⁵⁴. Por lo que podemos deducir que la contabilidad tiene su transcendencia en el IS, sobretodo porque el gasto es uno de los elementos de la base imponible del citado impuesto.

En definitiva, la contabilidad constituye la base de datos esencial para la liquidación del impuesto sobre el beneficio de las sociedades, delimitándose a partir del resultado contable. Pero debe tenerse en cuenta la facultad expresamente conferida de la Administración tributaria para determinar, a los efectos del cálculo de la base imponible, el propio resultado que denominaremos resultado fiscal (art. 131 de la LIS

⁴⁵² Los estatutos sociales fijarán la fecha de cierre del ejercicio social (o económico), cuya duración no podrá ser, en ningún caso, superior al año y puede coincidir o no con el año natural. A falta de disposición estatutaria, se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año (art. 125 del RRM y art. 26 de la LSC de 2010 y de 2014).

⁴⁵³ El IS es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las entidades jurídicas y la normativa que lo regula es la LIS de 2015 y el RIS de 2015. La obtención de renta por la sociedad constituye el hecho imponible del impuesto, cualquiera que sea su fuente u origen. Tal renta surge a partir del resultado contable (diferencia entre los ingresos y los gastos del período impositivo) que, a su vez, es el punto de partida para determinar la base imponible del IS (art. 10 de la LIS de 2015). En cuanto al período impositivo, éste coincidirá con el ejercicio económico de la sociedad, cuya duración no puede exceder de doce meses y no tiene porqué corresponder con el año natural (art. 27 de la LIS de 2015; art. 125.1 del RRM y art. 26 de la LSC de 2010 y de 2014).

Desde otra interesante perspectiva, consúltese a ESTEVE PARDO, M^a. L.: *El IS en la UE*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Igualmente, léase el sustancioso art. de BILBAO ESTRADA, I., MATEOS ANSÓTEGUI, A. I. Y FARGAS MAS, LL. M.: “Los derechos de emisión en el IS en la UE”, en BILBAO ESTRADA, I. (coordinador): *La fiscalidad de los derechos de emisión (Recurso electrónico): estado de situación y perspectivas de futuro*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, pp. 395 a 420.

⁴⁵⁴ La normativa del IS para determinar la base imponible se integra por: el CCom, la LSC de 2014, el PGC de 2008 y PGC PYMES (y sus adaptaciones sectoriales) y las resoluciones del ICAC. Respecto de ésta última, el PGC de 2008 mediante su disp. final tercera habilita al ICAC para la aprobación, a través de resolución, normas de obligado cumplimiento que desarrollen el citado PGC; en particular, en relación con las normas de registro y valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales.

de 2015)⁴⁵⁵. Esto producirá diferencias entre el resultado contable y el fiscal, siendo el concepto de gasto deducible notorio en tal diferencia.

7.1.1.- El concepto de gasto.

Conviene mencionar que la normativa del IS (LIS de 2015 y RIS de 2015) no contiene una definición de lo que se entiende por gasto, ni gasto fiscalmente deducible, circunstancia que criticamos, sino que se limita a establecer los requisitos para considerar los gastos como fiscalmente no deducibles o deducibles⁴⁵⁶. Y el concepto de gasto fiscal deducible siempre aparece vinculado al de gasto contable, desde donde surge el gasto que es corregido y diferenciado para calcular el gasto fiscal⁴⁵⁷. En sentido general, avanzamos que los gastos deducibles son aquellos necesarios (o correlacionados) para la obtención de los ingresos. Esta fórmula tradicional del gasto necesario en cierto modo se ha conservado con el paso del tiempo, aunque haya ido variando la legislación fiscal, como comprobaremos en este mismo apartado.

En consecuencia, la aproximación entre la contabilidad y la fiscalidad es indispensable tanto en los ingresos como, sobre todo, a los efectos de los gastos. Tal preocupación ha sido uno de los principios inspiradores de la LIS desde su origen (y del RIS), es decir, la obtención del resultado fiscal con apoyo en los datos contables armonizando los criterios fiscales y contables⁴⁵⁸. De cuanto antecede hace inevitable

⁴⁵⁵ El art. 131 de la LIS de 2015 dispone que “a los efectos de determinar la base imponible, la Administración tributaria aplicará las normas a que se refiere el art. 10.3 de esta Ley”. En otras palabras, la Administración tendrá facultad para comprobar que el resultado contable se ha calculado correctamente en aplicación de las normas contables, y que sobre dicho resultado se han fijado convenientemente las correcciones fiscales para la determinación de la base imponible del IS.

⁴⁵⁶ La LIS de 2015 regula en el Título IV, Capítulo II, arts. 12 a 16, la limitación a la deducibilidad de gastos. En particular, el art. 15 de la citada norma estipula los gastos fiscalmente no deducibles.

⁴⁵⁷ El concepto de gasto deducible supera al propio de gasto, de modo que ya en el RD de 22 de septiembre de 1922 por el que se aprueba el texto refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, en su disp. quinta del art. 4º preceptuaba que “para la determinación del beneficio neto se deducirá de la suma de los ingresos brutos obtenidos por la empresa en el período de la imposición (...) el importe de los gastos necesarios para la obtención de aquellos”, y así podemos comprobar la necesidad del gasto para su deducibilidad.

Según GARCÍA-OVIES SARANDESES, I.: “*Gastos deducibles en el impuesto sobre sociedades*”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, p. 66, el origen del concepto de gasto y sus modificaciones posteriores se basan en razones de técnica impositiva cuyo fin es el gravamen del beneficio empresarial entendido en sentido contable o económico. Además, el concepto de gasto se sustenta con las medidas políticas, sociales o económicas propias de la época y del momento en el que surgen.

⁴⁵⁸ Al respecto, ESTEBAN MARINA, A.: “*Inserción de la contabilidad en el impuesto sobre sociedades*”, Revista Partida Doble, núm. 134, Ed. Ciss Praxis, junio 2002, pp. 68 a 85. El autor destaca que el IS,

relacionar el concepto de gasto fiscal con el de gasto contable dado la importancia como ya se ha dicho *supra* de la normativa contable en la determinación del hecho imponible y de la base imponible del IS.

Examinemos el concepto de gasto desde la normativa contable. Así, el art. 36.2 del CCom establece el concepto de gasto (contable), de modo que éste supone una disminución en el patrimonio neto (valor) de la sociedad como consecuencia de la salida de dinero para su pago. Además, los gastos del ejercicio económico han de registrarse en la cuenta de pérdidas y ganancias y forman parte del resultado, salvo que proceda imputarlo directamente al patrimonio neto (o valor) de la sociedad. Esto es, debe haber una inscripción contable del gasto (contabilización) en coincidencia con la normativa fiscal donde el art. 11.3.1º de la LIS de 2015 (anterior art. 19.3 de la LIS de 1995) dispone que el gasto ha de estar contabilizado para que pueda considerarse como gasto fiscalmente deducible, es decir, es necesaria su inscripción contable⁴⁵⁹.

Asimismo, en la Primera parte del PGC de 2008 sobre el Marco Conceptual de la Contabilidad en su punto 4º define el concepto de gasto y su imputación en la cuenta de pérdidas y ganancias, formando parte del resultado contable de la sociedad, como “decrementos en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento del valor de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones, monetarias o no, a los socios o propietarios, en su condición de tales”⁴⁶⁰.

desde su nacimiento (con la Ley de Utilidades de la Riqueza Mobiliaria de 27 de marzo de 1900 y su reglamento de 1906) ha tenido a la contabilidad como soporte esencial para su exacción. El artículo publicado es interesante porque repasa históricamente las relaciones entre la contabilidad y la fiscalidad y la evolución de las normativas fiscal del IS y contable.

El RIS de 1982, que constituye el primero de la modernización del IS desde 1906, refuerza en su exposición de motivos la reducción de la diferencia entre la contabilidad y la fiscalidad, para cuyo tratamiento apuesta por “la armonización de criterios contables y fiscales, sin que esto signifique que las valoraciones contables hayan de aceptarse indiscriminadamente a efectos fiscales.” Asimismo, las sucesivas normas fiscales se han pronunciado sobre la idea de una mayor aproximación entre la contabilidad y las reglas fiscales, en definitiva, un acercamiento entre el resultado contable y la base imponible del IS.

⁴⁵⁹ El párrafo siguiente del mismo art. 36.2 del CCom dispone que los ingresos y gastos de la sociedad se reflejarán en la cuenta de pérdidas y ganancias y formarán parte del resultado del ejercicio social, salvo que proceda su imputación directa al patrimonio neto (valor) de la entidad mercantil, como es en el caso de un ajuste de valor de activos financieros o gastos por diferencias de conversión de activos, entre otros. De este modo, se cumple con lo previsto en el art. 11.3.1º de la LIS de 2015 que “no serán fiscalmente deducibles los gastos que no se hayan imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas (...)”.

⁴⁶⁰ El PGC de 2008 recoge la definición de gasto y su registro como gasto en la contabilidad, en la misma línea que el CCom. En síntesis, el Marco Conceptual de la Contabilidad lo constituyen los documentos

La cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad recoge con carácter general los ingresos y los gastos del ejercicio, además de arrojar el resultado contable del mismo⁴⁶¹. De acuerdo con ello, el resultado contable se obtiene por la diferencia entre los ingresos y los gastos registrados en el ejercicio económico.

Y podemos añadir que los gastos y los ingresos deben registrarse cuando se producen en el ejercicio económico correspondiente, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro, respetando la debida correlación entre unos y otros, es decir, el principio del devengo y el de correlación de ingresos y gastos para la obtención de aquellos (PGC de 2008 y art. 11.1 de la LIS de 2015)⁴⁶². Sin embargo, se pueden utilizar criterios distintos de imputación al de devengo, aunque con determinados requisitos, como por ejemplo, las operaciones a plazo o con precio aplazado o las operaciones de leasing⁴⁶³.

Por tanto, consideramos acertado que los gastos que se hayan registrado (devengo y correlación de ingresos y gastos) en la cuenta de resultados de la sociedad (reconocimiento contable) tengan con carácter general la consideración de fiscalmente deducibles. Ahora bien, la norma fiscal detalla, de forma expresa, una serie de gastos que no tiene la consideración de gastos fiscalmente deducibles (art. 15 de la LIS de

que integran las cuentas anuales, así como los requisitos, principios y criterios contables de reconocimiento y valoración, para que las cuentas anuales reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, además de definir los elementos de las cuentas anuales, otorgando la seguridad jurídica necesaria en desarrollo de lo previsto en los arts. 34 y ss. del CCom.

⁴⁶¹ El art. 35.2 del CCom especifica que “la cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo”. Recordamos que la cuenta de pérdidas y ganancias forma parte de las cuentas anuales de la sociedad que, en su conjunto, comprenden el balance, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria (art. 34 del CCom; Primera parte del PGC de 2008, Marco Conceptual de la Contabilidad, en su punto 1º sobre cuentas anuales; y art. 254 de la LSC de 2010 y de 2014).

⁴⁶² La Primera parte del PGC de 2008, dentro del Marco Conceptual de la Contabilidad, en su punto 3º contiene los principios contables obligatorios en su aplicación. La contabilidad de la empresa y, en especial, el registro y la valoración de los elementos de las cuentas anuales, se desarrollarán sujetándose a los citados principios con carácter imperativo, como es el caso del de devengo. Este principio establece que los ingresos y gastos derivados de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.

Por su parte, la norma fiscal complementa el principio del devengo contable con el de correlación de ingresos y gastos, así establece en el art. 11.1 de la LIS de 2015 (anterior art. 19.1 de la LIS de 1995), que “los ingresos y gastos derivados de las transacciones o hechos económicos se imputarán al período impositivo en que se produzca su devengo, con arreglo a la normativa contable, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro, respetando la debida correlación entre unos y otros.”

⁴⁶³ El art. 11 de la LIS de 2015 regula la imputación temporal de ingresos y gastos, los contribuyentes pueden utilizar criterios distintos del devengo, bien por indicación de la propia norma fiscal o bien por propia voluntad con condiciones como la aprobación de la Administración tributaria.

2015). Seguidamente, revisaremos la interpretación del concepto de gasto fiscalmente deducible a través de la evolución de la legislación fiscal, ya que tampoco viene definido tal concepto en la LIS (circunstancia que criticamos).

7.1.2.- La evolución del concepto de gasto.

La LIS de 1978, que ya regula un IS moderno de naturaleza personal y directa gravando la renta de las entidades jurídicas aunque menos flexible que las normas posteriores (LIS de 1995, de 2004 y de 2015), recogía bajo el concepto de gastos deducibles a todos aquellos que eran obligatorios⁴⁶⁴ y se requería que el gasto fuese necesario (imprescindible) y obligatorio para la sociedad. El concepto de gasto necesario⁴⁶⁵ lo reincorpora la LIS de 1978 para establecer la deducibilidad de los gastos en el IS, de modo que será gasto fiscal si es gasto necesario para la obtención de ingresos, a la vez que enumera los gastos (partidas) deducibles (art. 13) y no deducibles (art. 14).

⁴⁶⁴ El origen de esta norma fiscal resulta de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma fiscal (Pactos de la Moncloa), dónde tuvo una labor muy destacada el profesor Enrique Fuentes Quintana. Según la citada LIS de 1978, para que un gasto sea deducible tiene que ser obligatorio y por tanto, necesario. En su art. 13, establecía qué gastos necesarios eran deducibles para la obtención de los ingresos. Además, en su art. 14 enumeraba los gastos que no tendrán la consideración de deducibles para la determinación de los rendimientos (ingresos) obtenidos por la sociedad.

Por su parte el RIS de 1982 cubrió la evidente necesidad carente desde 1906 de una norma para la aplicación general del IS y así evitar numerosas disposiciones al respecto. El Reglamento asumió en su propio texto un auténtico plan de contabilidad de carácter fiscal (véase el Capítulo IV sobre la base imponible con 136 artículos de contenido al respecto), lo que no nos parece del todo muy acertado. Y la disp. final 7ª del PGC de 1990 vino a dar la razón a la intromisión en las normas contables por parte de la regulación fiscal, derogando las disposiciones sobre registro contable contenidas en el Reglamento que resultaran incompatibles con lo establecido en aquel PGC, sin perjuicio de las valoraciones y correcciones fiscales establecidas en la citada norma.

⁴⁶⁵ El Texto refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria (RD de 22 de septiembre de 1922) que, por otra parte podríamos considerar el origen del IS, introduce el concepto de gasto necesario y en su disp. quinta del art. 4 disponía que “constituirá la base de imposición en esta Tarifa el importe del beneficio neto en el período de imposición. Para la determinación del beneficio neto se deducirá de la suma de los ingresos brutos obtenidos por la empresa en el período de imposición (...) el importe de los gastos necesarios para la obtención de aquellos”. Observamos pues la expresión gasto necesario referido a la obtención de los ingresos.

Posteriormente, hasta la LIS de 1978 no se incorpora de nuevo el concepto de gasto necesario estableciendo en su art. 13 que “para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los rendimientos íntegros obtenidos (...) los gastos necesarios para la obtención de aquellos”, con la única novedad de la expresión “rendimientos íntegros” por la vetusta “ingresos brutos”. Igualmente, el RIS de 1982 en su art. 100.1.

Para un mayor estudio sobre la delimitación del concepto de gasto necesario, véase PONT MESTRES, M.: “Delimitación de los conceptos de gasto necesario y liberalidad en el marco del ordenamiento tributario”, en *Estudios sobre temas tributarios actuales*, vol. 2, Ed. Pont Mestres, Barcelona, 1987, pp. 127 a 176.

La definición en la citada norma de los diferentes componentes que luego determinarían la base imponible (art. 11), hacían inverosímil recurrir a la información contable (ingresos y gastos contables). De este modo, la base imponible del IS se delimitaba, con carácter general, por la diferencia entre los ingresos y los gastos deducidos de la contabilidad y en aplicación de las indicaciones contenidas en la propia norma fiscal; o bien, por la diferencia entre el valor del capital fiscal al principio y al final del período impositivo⁴⁶⁶. Además, en este contexto, aparece el término de liberalidad y su limitación con el concepto de gasto necesario, si bien no se denominará liberalidad aquellas prestaciones en las que haya contraprestación⁴⁶⁷. El concepto de gasto necesario (dado su carácter jurídico indeterminado) fue objeto de numerosas interpretaciones por parte de la jurisprudencia, implicando la derivación hacia el concepto de liberalidad, de manera que todo lo que no era estrictamente necesario era una liberalidad⁴⁶⁸. Así pues, podemos apreciar que por aquel entonces las normas fiscales se apartaban mucho del resultado contable.

Sin embargo, la LIS de 1995 modifica acertadamente el concepto de gasto fiscalmente deducible acogiendo el concepto de gasto contable, con la excepción de los

⁴⁶⁶ Véanse los arts. 11 a 17 de la LIS de 1978 y los arts. 35 y 36 y 164 a 167 del RIS de 1982. De acuerdo con ello, entendemos como capital fiscal el importe a cierre del ejercicio de los capitales propios de la sociedad (básicamente, capital social, reservas, remanente y provisiones).

⁴⁶⁷ El art. 14 de la LIS de 1978 hace referencia a las partidas (gastos) no deducibles y en su letra f) introduce el concepto de liberalidad señalando, no obstante que “no se considerarán liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación”. En el mismo sentido, el art. 111.2 del RIS de 1982. Así, el gasto necesario se entiende como un dispendio que es conveniente para la actividad empresarial y su obtención de rendimientos; en cambio, la liberalidad será entendido como un gasto sin relación con los fines de la empresa y su logro de rendimientos.

El concepto de gasto necesario y sus concretos límites con el término de liberalidad ha dado lugar a numerosa jurisprudencia al respecto que detallaremos en las siguientes notas a pie conforme avance el análisis, sin bien destacamos por resultar muy ilustrativa la STS de 26 de diciembre de 2003 (FJ 3º), dónde se recoge la evolución de la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de gasto necesario para la obtención de los ingresos.

⁴⁶⁸ Véanse las SSTS de 17 de febrero de 1987 (FJ 2º), dónde no se considera gasto necesario para la obtención de rendimientos netos y por lo tanto no se acepta como gasto deducible en el IS, las cantidades pagadas para la compra y distribución de cestas de Navidad y regalos de empresa a los trabajadores, sino más bien un acto de liberalidad; de 25 de enero de 1995 (FFJJ 1º y 4º) que no acepta la deducibilidad fiscal de las cantidades pagadas y destinadas a subvencionar viajes a terceros y a actividades deportivas y culturales, considerándolas como liberalidades y, en consecuencia, como gastos (partidas) no deducibles; y de 1 de octubre de 1997 (FJ 1º) admitiendo la deducibilidad como gasto necesario de los pagos realizados en hoteles y comidas derivado de las atenciones a clientes (relaciones comerciales de la sociedad), siempre que estén justificados documentalmente. No obstante, apuntamos que la LIS de 2015 limita los gastos por atenciones con clientes o proveedores al 1% del importe neto de la cifra de negocios de la sociedad. Recordemos que se entiende por el importe neto de la cifra de negocios la suma de las ventas e ingresos correspondientes a las actividades desarrolladas por la sociedad dentro del ejercicio económico, de la misma manera véase el art. 35.2 del CCom.

gastos que fiscalmente no sean deducibles⁴⁶⁹. Ello se deduce del propio régimen de determinación de la base imponible del IS que toma como punto de partida el resultado contable de la sociedad. Así, destacamos que la base imponible se definirá mediante la corrección del resultado contable fijado de acuerdo con las normas mercantiles, básicamente, CCom, LSA, LSRL, RRM y PGC de 1990, lo que supone una remisión directa a las normas contables, excepto las correcciones que pueda fijar la norma fiscal⁴⁷⁰ (art. 10.3 de la LIS de 1995). Tal situación denota una ruptura, a nuestro entender positiva, con la tradición anterior dónde la contabilidad tenía un papel secundario.

Y uno de los objetivos de la LIS de 1995 fue precisamente reducir las diferencias entre el resultado contable y la base imponible del IS; o dicho de otra manera, la utilización de las normas contables por parte de las fiscales. El cambio sustancial se produce con la desaparición del concepto fiscal de gasto necesario de la anterior norma. Ahora será el concepto de gasto contable a tener en cuenta para llegar al de gasto fiscal. La falta de definición fiscal de ingreso y gasto deducible hace necesario acudir a las normas contables para la determinación de los ingresos y gastos fiscales, con la excepción de los expresamente previstos. Como bien señala la STS de 26 de diciembre de 2003 (FJ 3º) se ha superado el concepto siempre conflictivo de gasto necesario, cuestión resuelta por la LIS de 1995 “que se ha remitido al concepto mucho más lógico y flexible de gasto contable, que tiene su fundamento en que es gasto contable el que se realiza para obtener los ingresos, en suma el beneficio, superándose los criterios de

⁴⁶⁹ La LIS de 1995 recoge en su art. 14 de manera negativa el concepto de gasto fiscalmente deducible. Así, todo gasto contabilizado se considerará gasto deducible con excepción de la enumeración contenida en el precepto anterior (gastos no deducibles). Posteriormente, en el texto refundido de la LIS de 2004 se integra la norma anterior conservando en su formato los gastos no deducibles, si bien ampliándolos (art. 14). La regulación del IS se completaba con el RIS de 1997; uno de los rasgos que lo caracterizan es que las normas mercantiles rigen el núcleo esencial de la base imponible del IS, de conformidad con la fórmula de cálculo de aquella desde el resultado contable establecida en la LIS de 1995.

⁴⁷⁰ En su exposición de motivos, la LIS de 1995 señala como una de las causas de la reforma del IS la determinación de la base imponible del IS a partir del resultado contable para una mayor seguridad jurídica del contribuyente. Para ello, define en su art. 10 la base imponible del IS, con carácter general, como el importe de la renta en el período impositivo, deduciendo, en su caso, las compensaciones de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. Por imperativo legal, la base imponible debe determinarse por el régimen de estimación directa (art. 10.3 de la LIS de 1995) y, subsidiariamente, por el de estimación indirecta (art. 10.2 de la LIS de 1995).

Por su parte, los arts. 11 a 23 de la LIS de 1995 regulan las correcciones, valoraciones e imputaciones sobre los datos contables obtenidos, delimitando el resultado fiscal y, por ende, la base imponible del IS. Mientras que el RIS de 1997 dedica el Título I (ocho Capítulos) a aspectos relacionados con la base imponible.

obligatoriedad jurídica, indefectibilidad, etc. y los negativos de gastos convenientes, oportunos, acertados, etc., como contrarios al de gastos necesarios”⁴⁷¹.

Pero cabría preguntarse si todo gasto contable es gasto fiscalmente deducible. El concepto de liberalidad es sobrepasado por la LIS de 1995 de un modo más tolerante y dentro de los gastos no deducibles, de esta manera se entenderá como liberalidad los (gastos) que no se hallen correlacionados con los ingresos. *A sensu contrario*, no serán considerados liberalidades los gastos contables que se encuentren relacionados con los ingresos y por tanto serán fiscalmente deducibles (art. 14.e) de la LIS de 1995)⁴⁷². Al respecto, el TS ha afirmado en la Sentencia de 6 de mayo de 2013 (FJ 3º) que “gasto contable será gasto deducible siempre que no constituya una liberalidad”, además “el gasto en el ámbito contable responde a su naturaleza económica, y en función de las normas y principios contables aplicables, sin que se vea afectado porque tributariamente sean o no gastos fiscalmente deducibles (...) por tanto, el resultado tributario se obtiene corrigiendo el resultado contable hallado de acuerdo con las normas contables, mediante la aplicación de las normas tributarias”. Por ello concluye que “puede acogerse la tesis doctrinal de que son gastos no deducibles fiscalmente aquellos que no pueden ser tenidos en cuenta para la determinación del resultado fiscal o tributario del ejercicio”.

Para el TS la clave para definir un gasto fiscalmente deducible (y no ser una liberalidad) está en “la correlación entre gasto con obtención del rendimiento –reflejo de la cercanía con el concepto de gasto contable, en tanto que este es el que se realiza para obtener ingresos– (...) puesto que cabe que gastos no obligatorios jurídicamente sean deducibles cuando se realicen para obtener ingresos, y no constituyan una liberalidad”⁴⁷³. Pero entonces estaremos ante una liberalidad cuando el gasto no tenga correlación con los ingresos y por tanto no será fiscalmente deducible, interpretación del TS que no compartimos del todo.

⁴⁷¹ Véase la STS de 26 de diciembre de 2003 (FFJJ 3º y 4º) que reproduce la jurisprudencia de la Sala tercera de TS acerca del concepto de gasto necesario hasta la LIS de 1995.

⁴⁷² En este sentido, el TS se ha pronunciado sobre el concepto de liberalidad tras la flexibilización de la LIS de 1995, de tal modo que hemos pasado de la idea argumentativa anterior de que todo gasto que no era estrictamente necesario era una liberalidad (LIS de 1978), hacia la interpretación de que todo gasto contable será gasto deducible siempre que no constituya una liberalidad. En relación con ello, véanse las SSTS de 29 de septiembre de 2010 (FJ 3º); de 6 de abril de 2011 (FJ 4º); de 9 de febrero de 2012 (FJ 5º); y de 6 de mayo de 2013 (FJ 3º).

⁴⁷³ En la misma línea de opinión, véanse las SSTS de 26 de diciembre de 2003 (FFJJ 3º y 4º); de 29 de septiembre de 2010 (FJ 3º); de 6 de abril de 2011 (FJ 4º); de 9 de febrero de 2012 (FJ 5º); de 6 de mayo de 2013 (FJ 3º); y de 21 de noviembre de 2013 (FJ 2º).

Esto es, la LIS de 1995 (y de 2015) establece que no son fiscalmente deducibles las liberalidades y a estos efectos no se consideran comprendidos como tales liberalidades los gastos que estén correlacionados con los ingresos⁴⁷⁴. En cambio, nada se expresa al respecto de que no sean (fiscalmente) deducibles los gastos que no se hallen correlacionados con los ingresos, Y es que la asunción del gasto es decisión propia de la gestión de la sociedad y su apreciación sobre la relación causal en los ingresos⁴⁷⁵.

Para DURÁN-SINDREU BUXADÉ debe interpretarse adecuadamente el concepto de correlación de ingresos y gastos en el contexto de la propia ley, en la vinculación con la noción de liberalidad y en consonancia con los principios de capacidad económica (art. 31.1 de la CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), apreciación que consideramos acertada⁴⁷⁶.

Aunque la cuestión está en la interpretación objetiva de si el gasto está o no relacionado con los ingresos, lo cierto es que pueden entenderse como liberalidad, y por tanto no deducibles, los gastos que no tengan una correlación, directa o indirecta, con

⁴⁷⁴ La LIS de 1995 regulaba en su art. 14 los gastos no deducibles y en el apartado 1.e) disponía que no se entenderán como liberalidades ni donativos “los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos.” En la misma línea, la LIS de 2015 si bien con un mejorado redactado, en su art. 15 recoge los gastos (fiscalmente) no deducibles, y en la letra e) los donativos y las liberalidades. En este sentido, amplía y concreta más lo que no se considera liberalidad, como por ejemplo las remuneraciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato laboral con la sociedad, cuestión ésta que trataremos en el apartado 7.3 del presente capítulo; y mantiene que no se estima como liberalidad los gastos relacionados con los ingresos.

⁴⁷⁵ La DGT se ha pronunciado al respecto de la consideración de un gasto como liberalidad, su relación con los ingresos y su deducibilidad fiscal. Así, la condonación de créditos efectuada por la una sociedad a sus filiales tiene la consideración de aportación de fondos propios para la compensación de pérdidas (CV núm. V0532-06 de 29 de marzo de 2006); el pago (gasto) de estudios a un trabajador será deducible si el mismo deriva de un contrato entre empresa y trabajador (CV núm. V1672-08 de 15 de septiembre de 2008); el gasto derivado del pago de facturas por las comidas de los trabajadores de otras empresas es deducible si es necesario para la realización de la actividad de la empresa pagadora (CV núm. V0246-09 de 11 de febrero de 2009); el pago de un curso que tenga por objeto la actualización, capacitación o reciclaje por exigencia de su puesto de trabajo será deducible fiscalmente y el gasto de un máster que no tiene por objeto la actualización, capacitación o reciclaje del trabajador sólo es deducible si es contraprestación de los servicios del trabajador en el marco de su relación laboral (CV núm. V2371-09 de 23 de octubre de 2009); la falta de repercusión del IVA a los clientes por propia voluntad es considerada una renuncia voluntaria al derecho a la obtención del cliente del importe del IVA devengado y por tanto una liberalidad (CV núm. V2783-10 de 22 de diciembre de 2010).

⁴⁷⁶ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 22 a 30. El autor realiza un breve estudio sobre la expresión de gastos correlacionados con los ingresos y su vinculación con el término de liberalidad que, desde el punto de vista fiscal, entiende como todo gasto ajeno a la actividad económica, además analiza el problema de fondo que no es otro que una minoración de los ingresos para la Hacienda Pública, opinión con la que nos identificamos.

los ingresos de la sociedad. Por lo que, a nuestro entender, debe existir cierta correspondencia entre los gastos y los ingresos para la deducibilidad fiscal del gasto y en cierto modo comprobamos en esa correlación el requisito de gasto necesario de la LIS de 1978, si bien muy diluido.

Posteriormente, el texto refundido de la LIS de 2004⁴⁷⁷ sintetiza la LIS de 1995 y recoge el concepto de gasto contable. Al igual que la norma anterior, la base imponible del IS se calculará por remisión al resultado contable corregido por las normas fiscales (art. 10.3 de la LIS de 2004), siguiendo con la importancia de la contabilidad en la determinación de la base imponible del IS⁴⁷⁸. Asimismo, también encontramos en el texto refundido los requisitos que, con carácter general, se exigen para la deducibilidad de los gastos en el IS, como son: la imputación temporal, la inscripción contable y la justificación documental (art. 19 de la LIS de 2004), aunque respetando la debida correlación entre los ingresos y los gastos. Tal es el caso de las liberalidades que, como en la LIS de 1995, no serán gasto fiscalmente deducible por regla general, no obstante, se admite su deducibilidad si se comprenden relacionados con los ingresos (art. 14.1.e) de la LIS de 2004), en el sentido de gastos convenientes o necesarios para la sociedad, como ya hemos comentado anteriormente.

Finalmente la LIS de 2015⁴⁷⁹ también asume los gastos contables como propios para determinar el gasto fiscal deducible, con las correcciones que así se establezcan en la

⁴⁷⁷ La exposición de motivos de la LIS de 2004 justifica la finalidad del texto refundido para “incrementar la claridad del sistema tributario mediante la integración en un único cuerpo normativo de las disposiciones que afectan a (este tributo), contribuyendo con ello a mejorar la seguridad jurídica de la Administración tributaria y de los contribuyentes.” Además, el cuerpo legal del IS se completa con el RIS de 2004 que da una nueva numeración a los artículos e incorpora modificaciones técnicas al texto anterior.

Pero criticamos que no se aprovechará la refundición de la norma para renovar el IS y adaptarse al mundo globalizado, competitivo y moderno de las sociedades.

⁴⁷⁸ La LIS de 2004 regula la base imponible del IS en su Título IV que comprende los arts. 10 a 25. Recordemos que el resultado contable se delimita de acuerdo con las normas mercantiles y contables previstas como CCom, LSC de 2010, el RRM, el PGC de 2008 y sus adaptaciones sectoriales, las normas de valoración y elaboración de las cuentas anuales y las resoluciones del ICAC. La referencia a las normas contables también se recoge en el art. 133.1 de la LIS de 2004 (anterior 139 de la LIS de 1995) que dispone que “los sujetos pasivos de este impuesto (IS) deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el CCom o con lo establecido en las normas por las que se rigen.”

⁴⁷⁹ La LIS de 2015, tal y como señala su preámbulo, inspira una reforma basada en unos objetivos claros como son: la neutralidad, la igualdad y la justicia; el incremento de la competitividad económica; la simplificación del impuesto; la adaptación de la norma al derecho comunitario; la estabilidad de los recursos y consolidación fiscal; el endeudamiento-capitalización; la seguridad jurídica; y la lucha contra el fraude. Sin embargo, mantiene la misma estructura del IS de 1995 de manera que el resultado contable sigue siendo el elemento principal de la base imponible y su determinación.

citada norma⁴⁸⁰. Del mismo modo que las dos anteriores legislaciones fiscales (LIS de 1995 y de 2004), la base imponible se calculará por⁴⁸¹:

- La aplicación de las normas mercantiles y contables para determinar el resultado contable; y
- Las correcciones fiscales establecidas sobre el resultado contable.

Esta norma fiscal modifica apropiadamente, a nuestro entender, el criterio de imputación de los ingresos y gastos adoptando el principio del devengo en materia contable del PGC de 2008, a diferencia de la LIS de 2004 (y de 1995), eso sí, respetando la debida correlación de ingresos y gastos (art. 11.1 de la LIS de 2015). Igualmente, se enumeran de forma expresa una serie de gastos que no tienen la consideración de fiscalmente deducibles (art. 15 de la LIS de 2015). Entre otras novedades destacamos que, en lo que nos concierne al objeto del presente trabajo, no serán consideradas como liberalidades y, por tanto, serán fiscalmente deducibles, los gastos por remuneraciones a los administradores por el ejercicio de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrato de naturaleza laboral con la sociedad⁴⁸². Abordaremos esta cuestión posteriormente en el apartado 7.3.

En definitiva, concluimos que un gasto fiscal tiene que ser antes gasto contable para poder deducirse y después será sujeto a limitaciones a los efectos de su deducibilidad fiscal. Y precisamente estas correcciones al gasto contable nos delimitarán el concepto de gasto fiscal o, mejor dicho, fiscalmente deducible.

También, acertadamente, se preocupa por la PYME dotándole de normas más sencillas que permitan impulsar su crecimiento y competitividad, tal y como destacamos de los objetivos de su preámbulo.

La aprobación de la citada Ley requiere de una revisión global de la norma reglamentaria que necesariamente acompaña al IS, como es el RIS de 2015, de modo que “cumple la doble función de adecuación a los nuevos parámetros establecidos por la LIS de 2015 y de actualización de las reglas en él dispuestas” (Exposición de motivos I del RIS de 2015).

⁴⁸⁰ La legislación fiscal introduce novedades en materia de deducibilidad de determinados gastos (arts. 10 a 16 de la LIS de 2015). Las correcciones son consecuencia de la independencia entre las normas contables y las fiscales, y se deben a la necesidad de efectuar ajustes extracontables como:

- Calificación, por ejemplo, los gastos no deducibles;
- Valoración, tales como ciertas operaciones valoradas a precio de mercado, verbigracia, permutas;
- Imputación temporal, como es el caso de operaciones con precio aplazado; y
- Compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores (art. 26 de la LIS de 2015).

⁴⁸¹ Tal y como indica el art. 10.3 de la LIS de 2015, sobre la determinación de la base imponible del IS.

⁴⁸² Véase la letra e) del art. 15 de la LIS de 2015 sobre la no consideración de gasto fiscalmente deducible de los donativos y las liberalidades, si bien no estarán comprendidos en ese apartado las remuneraciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección o de otras funciones derivadas de un contrato laboral con la sociedad.

7.1.3.- Los requisitos de deducibilidad de los gastos.

En la norma fiscal encontramos una serie de requisitos para admitir la deducibilidad fiscal de un gasto como veremos a continuación, aunque cierto es que no hay condición alguna para que un gasto contable sea fiscalmente deducible, o al menos después de la LIS de 1978. Recordemos que en esta derogada norma se establecía expresamente la condición de gasto necesario para la obtención de los ingresos y el gasto sería deducible. Sin embargo, entendemos que la evolución legislativa fiscal⁴⁸³ ha mantenido, de manera más tenue si cabe, el requisito de necesidad del gasto para su deducción fiscal mediante el principio de la correlación entre los ingresos y los gastos que proclama el art. 15 e) de la LIS de 2015.

Las condiciones o requisitos que deben cumplir los gastos para su admisibilidad como gasto fiscalmente deducible son⁴⁸⁴:

- La justificación;
- La contabilización;
- La imputación; y

⁴⁸³ Recuérdese que en el apartado anterior 7.1.1 hemos tratado el concepto de gasto y su evolución, pasando de gasto necesario a gasto contable corregido por la norma fiscal, respetando la debida correlación entre los ingresos y los gastos.

⁴⁸⁴ Para LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y administradores de sociedades*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pp. 126 y 127, todo gasto contable será gasto fiscalmente deducible en el IS si cumple con las condiciones legalmente establecidas. En este sentido, las clasifica en dos tipos: las condiciones generales de deducibilidad y la condición especial de que expresamente no sea considerado como gasto no deducible. En cuanto a las condiciones generales, señala el autor, para que un gasto sea fiscalmente deducible son: la inscripción contable, la imputación con arreglo a devengo, la correlación de ingresos y gastos y la justificación documental. Por su parte, la condición especial, apunta, la establece el art. 15 de la LIS de 2015 un precepto específico dónde se enumeran los gastos no deducibles. Asimismo, BERGES ANGÓS, I.: *“Retribución de los administradores: ¿mera liberalidad o gastos deducibles?”* en Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 916, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 8, analiza el carácter de las remuneraciones de los administradores según las últimas modificaciones jurisprudenciales y legales en donde se señala la adecuación de los estatutos a lo establecido en la legislación para que los gastos societarios por la remuneración de los administradores pueda ser fiscalmente deducibles.

La DGT, entre otras, en CV núm. V3158-13 de 24 de octubre de 2013 determina que todo gasto contable será fiscalmente deducible, en el IS, si cumple con las condiciones legalmente establecidas con arreglo al art. 19 de la LIS de 2004 (actual art. 11 de la LIS de 2015), en términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, correlación de ingresos y gastos y justificación documental; y siempre que no tenga la consideración de gasto fiscalmente no deducible por aplicación de algún precepto específico establecido, como es el caso del art. 14 de la LIS de 2004 (actual art. 15 de la LIS de 2015). Igualmente se expresa la CV núm. V0933-14 de 2 de abril de 2014, dónde además de los requisitos para ser un gasto fiscalmente deducible se deberá acreditar la realidad de la operación (gasto) por cualquier medio de prueba generalmente admitida en derecho, de acuerdo con lo estipulado en el art. 106 de la LGT.

- La necesidad.

1. La justificación.

Los gastos realizados deben estar oportuna y suficientemente justificados, para ello se obliga a materializarse a través del correspondiente documento o factura. En general, para la determinación de las bases imponibles de los respectivos tributos los gastos deben justificarse mediante factura completa, siendo de igual forma para el caso del IS⁴⁸⁵. No obstante, también es posible emplear cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho para demostrar la realidad de los gastos (como por ejemplo, contratos o justificantes bancarios).

2. La contabilización.

El gasto debe estar contabilizado en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas, si así lo establece una norma legal o reglamentaria. Ciertamente es que el gasto ha de ser efectivo, es decir, debe tratarse de una operación efectivamente realizada. *A sensu contrario*, los gastos de operaciones no ciertas o ficticias no serán fiscalmente deducibles aunque estén anotados contablemente⁴⁸⁶. Y precisamente es lo que sucede para la determinación de la base imponible del IS que, con carácter general, se efectúa por diferencia entre ingresos y gastos, lo que supone la obligación de llevar una contabilidad (art. 10.3 de la LIS de 2015).

⁴⁸⁵ El RFac regula la obligación de expedir y entregar, en su caso, factura u otros justificantes por las operaciones realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, además de su conservación. Igualmente para el caso de facturas u otros justificantes recibidos. Los requisitos específicos para considerar la factura completa se disponen en el art. 6 del citado Reglamento, sobre contenido de la factura. De la misma forma, el art. 106.4 de la LGT (según redacción de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT), establece que los gastos deducibles deberán justificarse, de forma prioritaria, mediante la factura entregada por el empresario o profesional. Sin embargo, desde la modificación de la LGT aludida, “la factura no constituye un medio de prueba privilegiado respecto de la existencia de las operaciones, por lo que una vez que la Administración cuestiona fundadamente su efectividad, corresponde al obligado tributario aportar pruebas sobre la realidad de las operaciones”. Asimismo, el art. 120.1 de la LIS de 2015 determina las obligaciones contables para la justificación e identificación de los gastos.

⁴⁸⁶ El art. 11.3. de la LIS de 2015 regula la inscripción contable de los gastos para su deducibilidad fiscal, con la excepción de los elementos patrimoniales de la sociedad que puedan amortizarse libremente o de forma acelerada.

El principio de inscripción contable lo consideramos bastante inflexible, acertadamente, ya que deriva de la valoración de los gastos (valores contables) y aunque se demuestre la realidad del gasto mediante algún otro medio documental ajeno a la contabilidad, requiere su expreso registro contable⁴⁸⁷.

3. La imputación.

Los ingresos y gastos deben ser imputados en el ejercicio en que se devengan, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro, respetando la debida correlación entre unos y otros (art. 11.1 de la LIS de 2015)⁴⁸⁸. Sin embargo, no excluye la posibilidad de reconocer criterios de imputación temporal distintos al del devengo, bien sea porque la propia norma fiscal lo disponga, bien sea por voluntad del contribuyente (aunque en este caso se requiere de la aprobación de la Administración tributaria).

4. La necesidad.

El requisito de la necesidad del gasto para su deducibilidad fiscal desapareció de la norma fiscal⁴⁸⁹, ya no debe tener el carácter de necesario (obligatorio) que disponía la LIS de 1978. No obstante, el gasto ha de estar relacionado con los ingresos de forma directa o indirecta (adivinamos cierta necesidad). Así, el art. 15.e) de la LIS de 2015 determina que no serán fiscalmente deducibles los donativos y liberalidades, aunque no tendrán esta consideración los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ La deducibilidad de unas cuotas de IVA soportado no deducibles registradas en una cuenta de activo se opone a lo dispuesto en la normativa del IS, que establece como requisito de deducibilidad de un importe su registro en la cuenta de pérdidas y ganancias, o excepcionalmente, en una cuenta de reservas (Resolución del TEAC de 18 de diciembre de 2008 para la unificación de criterio).

⁴⁸⁸ Como regla general, el art. 11.1 de la LIS de 2015 establece como criterio de imputación de los ingresos y de los gastos el del devengo, con arreglo a la normativa contable, y atendiendo al principio de correlación de ingresos y gastos. Esto supone un acercamiento al principio contable del devengo (PGC de 2008) a diferencia de las legislaciones anteriores.

⁴⁸⁹ Véase al respecto, la evolución del concepto de gasto necesario (obligatorio) a gasto contable que hemos tratado en el apartado 7.1.2.

⁴⁹⁰ Véanse en relación a la correlación de ingresos y gastos, entre otras, las consultas de la DGT CV núm. V0932-14 de 2 de abril de 2014 sobre los gastos satisfechos por una sociedad a sus empleados para financiar su móvil personal por el uso de éste en el desarrollo de su trabajo, así serán deducibles si se demuestra la relación con el ejercicio de la actividad, que son necesarios para la obtención de los ingresos y que no tienen la consideración de no deducibles según la normativa del IS; núm. V2218-14 de 8 de agosto de 2014 que los gastos de una sociedad relacionados con los proyectos de ingeniería a través de la

En definitiva, concluimos sosteniendo que todo gasto documentado (justificación) registrado en la contabilidad (contabilización) de acuerdo con el principio de devengo (imputación) que obedezca a una operación efectiva y real y esté relacionado con los ingresos (necesidad) será fiscalmente deducible, excepto que el gasto en particular tenga expresamente alguna norma fiscal que limite su deducibilidad.

7.2.- LA REMUNERACIÓN COMO GASTO DEDUCIBLE EN EL IS.

Una vez analizado el concepto de gasto fiscal y los requisitos a cumplir para admitir la deducibilidad fiscal de un gasto. Retomamos el objeto de este capítulo del trabajo al respecto sobre si las remuneraciones pagadas son gasto (contable) para la sociedad) y, por lo tanto, serán fiscalmente deducibles en el IS.

La deducibilidad de la remuneración de los administradores en el IS se considera como una de las preocupaciones más actuales de la empresa en la planificación de las remuneraciones. Además, la cuestión se complica si el administrador de la sociedad es, a la vez, personal de alta dirección o trabajador común. Es notoria la diversidad de interpretaciones al respecto del tratamiento fiscal (deducible o no) en el IS que se le atribuye a las remuneraciones abonadas a los administradores de la sociedad. Ciertamente es que la LIS de 2015 ha incorporado una conveniente y adecuada regulación específica que puede clarificar el panorama en adelante, como comprobaremos.

A continuación, analizaremos el origen del problema desde que el TS se pronunciara sobre esta materia y tuviera sus implicaciones en el ámbito fiscal⁴⁹¹. Posteriormente, explicaremos los requisitos para su admisión como gasto deducible en el IS que deben tener las remuneraciones de los administradores y, así, poder tratar el conflicto de interés sobre su deducibilidad y su calificación. Además, abordaremos las

constitución de sociedades y registrados en su contabilidad no son deducibles al no estar correlacionados con sus ingresos, sino con los de las sociedades participadas; y núm. V1256-15 de 24 de abril de 2015, dónde los gastos de comida de los trabajadores son deducibles al ser gastos de personal, con independencia de su forma de pago (incluida tarjeta Visa), siempre que además estén correlacionados con los ingresos de la empresa y pueden justificarse.

⁴⁹¹ En las SSTs de 17 de octubre de 2006 (FFJJ 3º y 4º); de 12 de enero de 2007 (FJ 3º); y de 6 de febrero de 2008 (FJ 3º) ya se anticipaba el devenir de las dos sentencias de 13 de noviembre de 2008, si bien en éstas el análisis resulta mucho más completo y unifica doctrina al respecto. De este modo, sólo es posible la deducción fiscal (en el IS) si la retribución es obligatoria “por precepto estatutario”.

consecuencias fiscales de la falta o no de previsión estatutaria de la remuneración satisfecha como condición a los efectos del IS y su controversia con la doctrina del vínculo. En definitiva, todos estos elementos influyen en la fiscalidad de la sociedad a raíz de la entrada de la doctrina del vínculo en el terreno tributario y será interesante observar, en el punto 7.3., cómo queda entonces la citada doctrina, sobre todo desde la reforma fiscal de la LIS de 2015.

7.2.1.- El origen del problema.

La deducción fiscal como gasto en el IS de la remuneración de los administradores, hasta ahora aceptada sin problemas, se ha visto afectada por la jurisprudencia del TS⁴⁹², de manera que la llamada teoría del vínculo se traslada al ámbito fiscal, en concreto al IS y su régimen de deducibilidad de gastos. De tal modo que, la AEAT cambia o no los criterios que viene aplicando sobre esta materia, como explicaremos.

Antes de continuar, resulta necesario recordar brevemente la teoría del vínculo⁴⁹³, que no compartimos. Las funciones propias o inherentes del cargo de administrador coinciden con las del personal de alta dirección, siendo incompatible una relación contractual de prestación de servicios (personal de alta dirección) con una relación contractual de mandato (cargo de administrador). En consecuencia, la naturaleza mercantil del vínculo sociedad-administrador absorbe la relación laboral dada la equivalencia de funciones y la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad. No admite, pues, la irrupción en el Derecho laboral de los administradores a través de contratos de relación laboral especial de alta dirección, prevaleciendo la relación societaria de naturaleza mercantil.

⁴⁹² El 13 de noviembre de 2008, el TS pronuncia dos sentencias sobre los requisitos de deducibilidad de las retribuciones de los administradores en el IS. El Alto Tribunal enjuició las remuneraciones percibidas por los miembros del consejo de administración de una importante compañía cervecera, caso Mahou (nombre con el que se conoce a las citadas sentencias), a los efectos del IS. Además, la doctrina dictada fue adoptada como criterio único en la jurisprudencia posterior y motivo de discrepancia con la AEAT. Véase al respecto, las dos SSTs de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º); de 15 de enero de 2009 (FFJJ 6º y 7º); de 11 de marzo de 2010 (FFJJ 5º y 6º); y de 17 de mayo de 2010 (FJ 4º). También, en las SSAN de 13 de abril de 2009 (FJ 6º) y de 23 de febrero de 2011 (FJ 11º). En cuanto a la doctrina administrativa, consúltese resolución del TEAC de 14 de septiembre de 2006 (FJ 3º) y de la DGT los informes de 12 de marzo de 2009 y de 7 de febrero de 2011.

⁴⁹³ Véase el apartado 6.2.3. del ámbito subjetivo de la remuneración o, lo que es lo mismo, los administradores afectados en su condición de tal (y no los ejecutivos) y la previsión estatutaria del sistema de remuneración del art. 217 de la LSC de 2014.

El criterio unificado del TS dictado en las dos sentencias de 13 de noviembre de 2008⁴⁹⁴, en líneas generales y que asentó la doctrina posterior, se puede resumir en:

- La exigencia de que conste en los estatutos sociales el importe concreto, con certeza, de las retribuciones de los administradores (teoría del milímetro).
- Las retribuciones de los administradores para que sean deducibles en el IS han de ser gasto necesario y obligatorio (LIS de 1978).
- Los administradores tienen un vínculo mercantil con la sociedad que absorbe al vínculo laboral del personal de alta dirección. Por tanto, las retribuciones a los administradores que no consten en los estatutos sociales no serán deducibles en concepto de gasto en el IS (teoría del vínculo).

Y, es aquí donde encontramos la implicación fiscal, las remuneraciones satisfechas a los administradores que no tengan previsión estatutaria no son deducibles en el IS. Así pues, las citadas sentencias requieren la determinación del sistema de remuneración en los estatutos sociales (teoría del vínculo) y con certeza (teoría del milímetro⁴⁹⁵), *a sensu contrario* no se acepta su deducibilidad como gasto fiscal.

Pero, la realidad societaria nos enseña otra versión totalmente distinta. En ese sentido, los estatutos sociales no recogen el *quantum* de la remuneración, limitándose a determinar el sistema de remuneración o, simplemente, el carácter gratuito del cargo del administrador. Además, la persona que ostenta el cargo de administrador de la sociedad, en muchas ocasiones, ejerce otras funciones delegadas percibiendo remuneración específica por ello⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Consúltense las dos SSTs de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º).

⁴⁹⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur...*”, ob.cit. pp. 4 a 9. El autor explica la delimitación del ámbito objetivo de la remuneración de los administradores, como consecuencia de las SSTs de 13 de noviembre de 2008, con la denominada teoría del milímetro, consecuencia de la doctrina del vínculo. Según esta teoría, las resoluciones judiciales del TS ahora inciden en el aspecto cuantitativo de la remuneración exigiendo reserva estatutaria al milímetro, no dejando que intervengan otros órganos para la cuantificación de la remuneración.

⁴⁹⁶ Como recuerda DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 14, hasta las denominadas Sentencias del caso Mahou (13 de noviembre de 2008), los estatutos de la mayoría de las sociedades PYMES prevenían el carácter gratuito del cargo de administrador y la posibilidad de que cualquier persona, o el propio administrador, pudiera ejercer funciones de Dirección general o gerencia diferentes a las competentes del cargo de administrador. Las consecuencias directas de las SSTs del caso Mahou en el IS son, en palabras del autor, “devastadoras”, dado que la remuneración satisfecha al administrador por sus funciones de Director general o gerente no son deducibles al no existir previsión estatutaria. Y aún más, prosigue, no ofrecen soluciones a “situaciones pasadas obligando a una necesaria modificación de los estatutos que tan solo da cobertura legal a situaciones futuras”. Concluye que las citadas Sentencias ofrecen serias dudas por sus

En este contexto, el TS pronuncia las dos SSTs de 13 de noviembre de 2008, sobre el concepto de gasto no deducible de la retribución de los administradores. Basado en la normativa fiscal derogada (la LIS de 1978) se fundamenta en que las remuneraciones a los administradores serán deducibles fiscalmente siempre que se consideren como gasto obligatorio y necesario. Concretamente, afirman las sentencias que “la esencia del gasto deducible es su necesidad, su carácter obligatorio, y su vinculación con el fin de la sociedad” y lo que justifica que las retribuciones sean gasto deducible “es su obligatoriedad”, ésta “les convierte en gasto necesario para la actividad social y ampara su tratamiento fiscal”. Desde este punto de vista, señala que “la previsión estatutaria es la que permite determinar que para la sociedad esa remuneración – y no otra – es obligatoria, o, dicho de manera más precisa, que el gasto, de conformidad con el art. 13 de la LIS, puede calificarse como necesario para el ejercicio de la actividad y no – total o parcialmente – como una liberalidad” (FJ 9º).

Además, las citadas Sentencias consideran (FJ 13º) que los administradores contratados como personal de alta dirección son parte integrante de la sociedad y la coincidencia de funciones o actividades hace que su relación sea de naturaleza mercantil y no laboral. Pero, esto no significa que los administradores no puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con la sociedad, “ello sólo sería posible para realizar trabajos que podría calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al mismo tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General, etc.) dado que en tales casos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección”. Las remuneraciones señaladas bajo ese contrato de alta dirección no tendrán la consideración de deducibles por no ser fijada en los estatutos sociales, de conformidad con la normativa mercantil (LSA de 1989). Dicho de otra manera, “la naturaleza del vínculo que une al consejero (administrador) con la sociedad es mercantil no pudiendo serle aplicables pactos procedentes de un contrato de alta dirección” con la

consecuencias tributarias, opinión que hacemos nuestra por estar totalmente de acuerdo con ella. Por su parte, MARÍN BENÍTEZ, G., “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:*”, ob. cit., pp. 5 a 40, critica las numerosas incertidumbres que la doctrina del vínculo origina en la aplicación de las normas tributarias. Asimismo, señala que “la eventual contrariedad a Derecho de las retribuciones pagadas a consejeros ejecutivos que no gozan de adecuada cobertura estatutaria no debe tener implicaciones fiscales y que, por tanto, las retribuciones deben ser sometidas a imposición y desplegar todos los efectos que las normas tributarias anuden a su existencia, como si fueran válidas”, razonamiento que compartimos.

única intención de “ser retribuido de forma extraordinaria y anómala”, al margen de las normas mercantiles (LSA)⁴⁹⁷.

Por lo tanto, entiende el TS que el administrador y a la vez alto directivo tiene un vínculo con la sociedad de carácter mercantil y no laboral. Esto se debe a que “la naturaleza jurídica de las relaciones (sociedad-administrador) se define por su propia esencia y contenido, no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes (...), la relación establecida carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos tributarios, pues infringe la exigencia del art. 130 de la LSA de que la retribución de los administradores sea fijada en los estatutos” (FJ 14°).

No obstante, la teoría del vínculo expuesta por el TS se ha de suavizar. No sólo por los cambios legislativos (LSC y LIS) habidos, sino porque la actividad efectivamente realizada por el administrador se considerará de naturaleza laboral o mercantil, en función de la posición (administrador o alta dirección) desde dónde la desarrolle. Por esto, es necesario concretar si las remuneraciones que se perciben por esta actividad provienen de una relación laboral o mercantil y así poder calificarlas como gasto fiscalmente deducible⁴⁹⁸.

Nada impide que un administrador realice las funciones propias del cargo y otras calificables de alta dirección, y se remunere por cada una de ellas. Lo determinante es

⁴⁹⁷ La doctrina administrativa recoge la jurisprudencia del TS respecto las dos sentencias de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 13° y 14°) que vincula las funciones directivas con las propias del cargo de administrador. Así, la DGT en CV núm. V1848-09 de 6 de agosto de 2009 reitera los fundamentos del TS sobre la incompatibilidad entre la condición de personal de alta dirección con la administrador de la sociedad. En este sentido, señala que todos los administradores “están unidos a la compañía por medio de un vínculo de naturaleza societaria mercantil y no de carácter laboral, por lo que no todo aquel que realiza tales funciones (de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad) es necesaria y únicamente un trabajador de la misma, sometido a derecho laboral”. Asimismo, en la relación laboral de personal de alta dirección “concorre de forma plena y clara la ajenidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, que no aparece en la relación jurídica” de los administradores. En consecuencia, “parece lógico entender que, de no tratarse de miembros del órgano de administración de la entidad, se exija un contrato de alta dirección para el desempeño de funciones directivas.” Y concluye que los administradores han de retribuirse “en su condición de tales y no como personal de alta dirección. El importe de esa retribución, el procedimiento para su concreción, así como las formas y periodicidad de su acreditación son aspectos que habrán de subordinarse, en todo caso, a lo que prevean al respecto los correspondientes estatutos sociales”.

⁴⁹⁸ En la misma línea de opinión, RUIZ HIDALGO, C.: “La retribución de los administradores...”, ob. cit., pp. 54 y 55. Para quien la teoría del vínculo tiene que matizarse y aplicarse caso por caso. A su juicio, si la sociedad quiere remunerar a los miembros del órgano de administración que tienen funciones específicas o delegadas (alta dirección), deberá hacerlo a través de los estatutos sociales, de acuerdo con la LSC.

delimitar estas funciones ya sea en los estatutos sociales, cuando se refiere a las competencias del cargo de administrador, ya sea en los contratos de alta dirección (en el caso de delegación de facultades del consejo de administración). La exigencia de previsión estatutaria resulta para las remuneraciones en su condición de tal administrador (art. 217 de la LSC de 2014) y serán deducibles en el IS directamente en la cuenta de gastos de la sociedad. Mientras que las remuneraciones percibidas por el administrador bajo una relación laboral de alta dirección, continua siendo motivo de controversia en cuanto a su deducción fiscal se refiere. Pero es palmario que el administrador con funciones delegadas (personal de alta dirección), realiza tales funciones que no son propias de su condición de administrador sino como resultado de la citada designación y como ya hemos desarrollado en el apartado 6.2.3. la normativa mercantil (art. 217 de la LSC de 2014) no se refiere a este tipo de remuneraciones.

Para RUIZ HIDALGO el abuso que se ha hecho de la figura de alto directivo, para remunerar a los administradores, ha derivado en que la jurisprudencia no admita la deducción como gasto fiscal de esas remuneraciones. Resulta difícil, suscribe la autora, separar la actividad (o funciones) como administrador y alto directivo, aunque en éste existe ajenidad y dependencia. Y, concluye, señalando que la jurisprudencia debería matizar la teoría del vínculo⁴⁹⁹.

Es verdad que, para llevar a cabo un análisis adecuado y coherente de la deducibilidad de la remuneración de los administradores como gasto en el IS debemos tener en cuenta la normativa mercantil y tributaria citada por la propia jurisprudencia⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ RUIZ HIDALGO, C.: “*La retribución de los administradores...*”, ob. cit., p. 59. También, al respecto, véase la STS de 11 de marzo de 2010 (FFJJ 5º y 6º) y las SSAN de 13 de abril de 2009 (FJ 6º) y de 23 de febrero de 2011 (FJ 11º).

⁵⁰⁰ Las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º) basaron sus conclusiones en la LSA de 1989 (arts. 9 y 130) y en la entonces derogada LIS de 1978 (arts. 13 y 14). La interpretación de estas normas ha sido variada y contradictoria hasta la aparición de las dos citadas Sentencias de 13 de noviembre de 2008. Así, la norma fiscal se ha ido deduciendo como más flexible (permisiva) que la norma mercantil a la hora de prever el sistema de remuneración en los estatutos sociales, la fijación de su importe por la junta general y su reconocimiento, entonces, como gasto fiscal deducible, si bien con unas exigencias mínimas. Al respecto, véase las SSTS de 17 de octubre de 2006 (FFJJ 3º y 4º) y de 6 de febrero de 2008 (FJ 3º). En la misma línea, las SSAN de 5 de febrero de 2004 (FJ 3º); de 16 de diciembre de 2004 (FFJJ 8º y 9º); y de 20 de diciembre de 2007 (FJ 6º). También, las SSTSJ de Catalunya de 24 de octubre de 2001 (FJ 2º) y de 24 de febrero de 2005 (FJ 2º); de Asturias 28 de febrero de 2001 (FJ 2º); en sentido diverso, las SSTSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2001 (FJ 3º); y de Asturias de 19 de septiembre de 2002 (FFJJ 2º y 3º). En cuanto a la doctrina administrativa, consúltese las resoluciones del TEAC de 20 de julio de 1994, de 23 de octubre de 1996 y de 2 de diciembre de 1999.

El TS abogó por una interpretación *sui generis* de los arts. 9 y 130 de la LSA⁵⁰¹ y aplicó el art. 13 apartado ñ) de la LIS de 1978 (ya derogada por aquel entonces)⁵⁰², circunstancias que criticamos. De manera que para que la remuneración de los administradores resulte deducible como gasto en el IS tenía que calificarse como gasto necesario y obligatorio para la obtención de los ingresos por parte de la sociedad. Para ello, también se exigía que constara en los estatutos sociales que el cargo es retribuido y que la remuneración a percibir se estableciera con certeza. Caso contrario, se podría considerar como una liberalidad (gasto) no deducible en aplicación de lo estipulado en el art. 14 letra f) de la LIS de 1978⁵⁰³.

Por su parte, como hemos explicado en el apartado 7.1.2., la LIS de 1995 comporta un nuevo concepto de gasto deducible, pasando de gasto obligatorio (LIS de 1978) a gasto contable. Es más, en la LIS de 1995 y de 2004 nada se establece sobre las remuneraciones de los administradores sociales, ni siquiera alguna norma específica ni límite a la deducibilidad de la remuneración. De este modo, todo gasto contabilizado será fiscalmente deducible, con las condiciones y correcciones establecidas en la LIS (arts. 11, 12, 13, 19 y 20, básicamente), salvo que se refiera expresamente a uno de los gastos no deducibles del art. 14 de la LIS⁵⁰⁴. En definitiva, las remuneraciones satisfechas a los administradores si se consideran gasto contable serán gasto fiscal, excepto que haya una norma fiscal que claramente rechace su deducibilidad.

Lo cierto es que el TS cuestiona la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas a los administradores cuando no exista previsión estatutaria (gratuidad del cargo). Y se plantea si estamos ante una liberalidad (gasto no deducible) o bien ante una legalidad⁵⁰⁵

⁵⁰¹ La interpretación de la norma mercantil que hace el TS la hemos desarrollado y criticado en el apartado 6.2.2 sobre el ámbito objetivo de la remuneración, dado que no se tuvieron en cuenta las modificaciones legislativas incorporadas en esta materia.

⁵⁰² La LIS de 1978, que fue derogada por la LIS de 1995, contenía, en su art. 13, una lista de partidas (gasto) deducibles de los rendimientos íntegros (volumen de ingresos) como gastos necesarios para la obtención de aquellos, y entre los que se enumeraba la letra ñ) que dispone “las participaciones de los administradores en los beneficios de la entidad, siempre que sean obligatorias por precepto estatutario, o estén acordadas por el órgano competente, y no excedan del 10 por ciento de los mismos”. Asimismo, el RIS de 1982, establecía de igual forma en su art. 121 letra d), sobre otras partidas deducibles.

⁵⁰³ El art. 14 letra f) de la LIS de 1978 considera partida no deducible las liberalidades, cualquiera que fuera su denominación. Si bien, aclara el citado precepto que “no se considerarán liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación”.

⁵⁰⁴ La LIS de 1995 modifica la normativa sobre la deducibilidad fiscal, no habiendo mención alguna a las remuneraciones de los administradores en su art. 14 sobre gastos no deducibles.

⁵⁰⁵ Para MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. p. 20, la verdadera cuestión es “si un gasto ilícito, por contravenir el ordenamiento jurídico, puede ser deducible”.

(por ejemplo, si no figura en los estatutos sociales no será fiscalmente deducible). Admite sin discusión la deducción fiscal de las remuneraciones satisfechas producto de una relación laboral común (en régimen de dependencia y ajenidad) con imputación en la cuenta de sueldos y salarios (gasto contable) de la sociedad. En cambio, no opina lo mismo de las remuneraciones derivadas de una relación laboral de alta dirección por no estar previstas en los estatutos sociales al primar el vínculo mercantil.

Asimismo, la AEAT empieza a dudar sobre las consecuencias fiscales por el incumplimiento de los requisitos mercantiles de la remuneración de los administradores. De ahí surge el informe de la DGT de 12 de marzo de 2009 por el efecto de la irrupción de la doctrina del vínculo en el ámbito tributario⁵⁰⁶. Criticamos que tal informe no despejó todas las dudas, pues defendió la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas que tengan cobertura estatutaria (teoría del milímetro), pero nada dijo sobre las consecuencias fiscales de los pagos a los administradores cuya remuneración no está prevista en los estatutos sociales (gratuidad del cargo), como por ejemplo, lo abonado a los administradores ejecutivos (teoría del vínculo)⁵⁰⁷.

Y la nota núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012 publicada por la AEAT, dónde se califican las rentas percibidas por los socios y administradores de entidades mercantiles a los efectos del IRPF como rendimientos del trabajo, con independencia de su deducibilidad fiscal o no en el IS⁵⁰⁸. El nuevo criterio se acerca a la doctrina del vínculo,

⁵⁰⁶ La DGT, a petición del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, emitió un informe sobre “*deducibilidad en el IS de las retribuciones a los administradores de sociedades mercantiles*” poco después de las SSTs de 13 de noviembre de 2008 (caso Mahou), cuestionando el concepto de liberalidad de la remuneración satisfecha que no cumpliera con todos los requisitos mercantiles. El objeto es determinar los efectos fiscales del ámbito objetivo de la remuneración cuando existe reserva estatutaria (requisito de certeza o teoría del milímetro). Lo analizaremos en el apartado 7.2.3.

El informe de la DGT está accesible en <http://www.fec.es/ficheros/noticias/noticia-10-DeducibilidadImpuestoSociedadesdeRetribucionesaAdministradoresdeSociedadesMercantiles.pdf>, consulta realizada el día 31 de mayo de 2017.

⁵⁰⁷ La DGT, en algunas consultas, recoge la doctrina del vínculo y, en consecuencia, prevalece la relación mercantil de manera que, la retribución satisfecha, será deducible fiscalmente si tiene previsión estatutaria. Véanse las CV núm. V1343-09 de 8 de junio de 2009; núm. V2159-11 de 20 de septiembre de 2011; núm. V0879-12 de 25 de abril de 2012; núm. V2394-12 de 12 de diciembre de 2012; y núm. V2319-14 de 8 de septiembre de 2014.

Igualmente, el TEAC abundaba la necesidad de prueba efectiva de la relación laboral de alta dirección, en cuyo caso sí admitía la deducibilidad como gasto de la remuneración. A estos efectos, destaca las pruebas como el contrato laboral, la cuantía de las retenciones y los pagos a la Seguridad Social, véanse resoluciones de 21 de julio de 2000; de 23 de febrero de 2001; y de 5 de octubre de 2010.

⁵⁰⁸ Nota de la AEAT núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, sobre “*consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles*”.

dónde no puede deslindarse las funciones de alta dirección de las propias del cargo de administrador, prevaleciendo éstas últimas, por lo que debe entenderse que el vínculo con la sociedad es mercantil y no laboral. Además, conviene adelantar que la teoría del vínculo alcanza por extensión a otros tributos como IRPF, IP, ISD e IVA, como iremos comprobando en próximos capítulos.

Si bien se trata de una nota informativa, y, por tanto, no es de obligado cumplimiento, podemos dilucidar la posibilidad de cambio de criterio de las actuaciones administrativas (comprobación e inspección) en esta materia.

En resumen, la modificación legislativa de la LIS basándose en el concepto de gasto contable hace que, en nuestra opinión, los pronunciamientos del TS⁵⁰⁹ tengan menor relevancia y más si se sostienen en una norma fiscal no vigente. Por lo tanto, entendemos que tal doctrina del concepto de gasto deducible no tiene encaje en la normativa fiscal actual.

Compartimos con RUIZ HIDALGO que la situación planteada por el TS tendría difícil aplicación en la SL. La LSRL regulaba en su art. 66 que el cargo de administrador tenía el carácter de gratuito; si bien podía ser remunerado en base a una participación en los beneficios, determinada concretamente en los estatutos con un límite legal (que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios) o, en otro caso, la remuneración será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general⁵¹⁰.

Además, apuntamos que incluso algunas novedades legislativas posteriores y al tiempo de los pronunciamientos del TS podían haberse tenido en cuenta y no fue así,

Esta Nota califica fiscalmente las rentas percibidas por los socios y, a su vez, miembros del órgano de administración de la SA o SL como rendimientos del trabajo en el IRPF, con independencia de que dichas retribuciones sean o no deducibles en el IS.

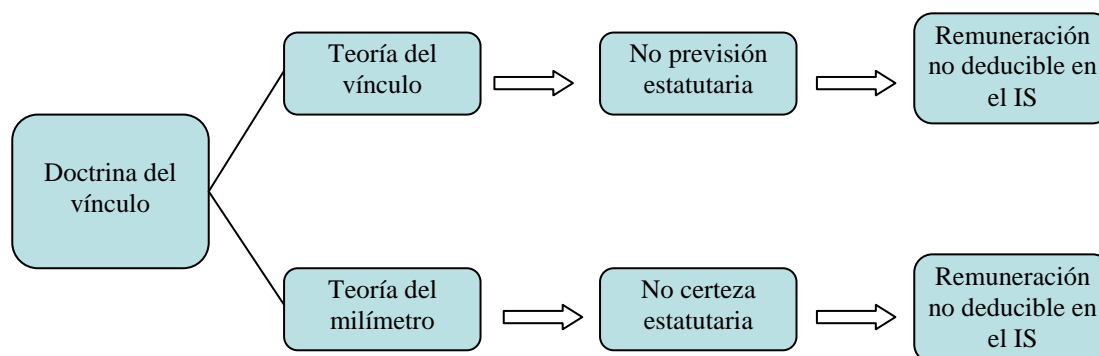
La Nota de la AEAT está disponible en http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Consideraciones_entida_merc.pdf, consulta realizada el día 31 de mayo de 2017.

⁵⁰⁹ Véase las dos SSTs de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º); de 15 de enero de 2009 (FFJJ 6º y 7º); de 11 de marzo de 2010 (FFJJ 5º y 6º); y de 17 de mayo de 2010 (FJ 4º).

⁵¹⁰ RUIZ HIDALGO, C.: *“La retribución de los administradores...”*, ob. cit., p. 51. En relación con esto, recordemos que el art. 66.1 de la LSRL, con carácter general, disponía que “El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución”.

hecho que censuramos. Esto es, la modificación de la normativa mercantil (LSC de 2010 y de 2014) y de la tributaria (LIS de 1995 y de 2004) que hemos desarrollado en los apartados 6.1 y 7.1.1. nos traslada a un escenario totalmente diferente al planteado por la jurisprudencia del TS (doctrina del vínculo), replanteamiento que desde aquí defendemos. Y, finalmente, con la LIS de 2015 observamos la pretensión, a nuestro entender, de acabar con la controversia en relación con la deducibilidad fiscal de la remuneración de los administradores a través de una norma determinada al respecto, como comentaremos seguidamente.

Finalmente, y para una mejor comprensión de este apartado, representamos en el siguiente esquema la doctrina del vínculo en el ámbito tributario que sentencia el TS y que niega la deducibilidad fiscal como gasto de las remuneraciones satisfechas a los administradores societarios en el IS, con la que no estamos en absoluto de acuerdo:



Esquema 6: La doctrina del vínculo en el IS.

Fuente: elaboración propia.

7.2.2.- Los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto.

Como ya hemos indicado, para que un gasto sea fiscalmente deducible debe estar justificado documentalmente, registrado en la contabilidad, imputado al devengo y correlacionado con los ingresos, además añadimos que no sea considerado como gasto

no deducible por la normativa fiscal. Y es el TS quien plantea el cumplimiento de las obligaciones mercantiles en esta materia.

Una vez delimitadas las consecuencias fiscales (y su origen) que plantea el TS sobre las remuneraciones de los administradores, su previsión estatutaria con certeza determinando el sistema de remuneración⁵¹¹ y la condición de gasto necesario, comprobemos si tales remuneraciones cumplen los requisitos para su deducibilidad como gasto en el IS que, como se ha tratado en el apartado 7.1.1, se han modificado por la evolución legislativa en esta materia, además del ya comentado de previsión estatutaria⁵¹².

a) Los requisitos fiscales.

En general, un gasto es fiscalmente deducible si cumple con los requisitos generales estudiados en la sección 7.1.3., no obstante, a tener en cuenta cualquier limitación que la norma fiscal pueda establecer sobre el gasto concreto. Entonces para que la remuneración satisfecha a los administradores constituya un gasto deducible en el IS, aquella ha de calificarse como necesaria o correlacionada para la obtención de rendimientos (ingresos) de la sociedad⁵¹³, debe representar un gasto contable, estar registrada en la contabilidad y no considerarse una liberalidad⁵¹⁴.

⁵¹¹ Recordemos que el cargo de administrador si es retribuido, los estatutos sociales determinarán el sistema de remuneración, estableciendo los conceptos a percibir por aquellos en su condición de tales (art. 217 de la LSC de 2014).

⁵¹² Apartamos la exigencia de certeza como requisito que estudiaremos en la siguiente sección 7.2.3.

⁵¹³ Recordemos que el concepto de gasto necesario es más flexible (LIS de 2015) desde la LIS de 1995, a diferencia de la LIS de 1978, dónde el gasto era necesario en el sentido de obligatorio para la obtención de ingresos. No existe en la norma fiscal el requisito de la necesidad del gasto para su deducibilidad, sin embargo deberá estar relacionado con los ingresos. En otras palabras, un gasto será fiscalmente deducible cuando esté correlacionado con los ingresos. Así, son deducibles si se acredita que se han ocasionado en el ejercicio de la actividad, que son necesarios para la obtención de los ingresos y que no tienen la consideración de no deducibles según la normativa del IS (DGT CV núm. V0933-14 de 2 de abril de 2014).

⁵¹⁴ La doctrina administrativa del TEAC se ha pronunciado al respecto mediante las resoluciones de 14 de septiembre y 11 de octubre de 2006 y de 18 de diciembre de 2008. En esta misma línea, la DGT en informe de 12 de marzo de 2009, señala que si los estatutos de la sociedad “recogen el carácter remunerado del cargo de administrador, aun cuando no se cumplan los requisitos de certeza que han establecido: las SSTS (...), sí que tendrán la consideración de gasto fiscalmente deducible de acuerdo con la regulación vigente de la (LIS), dado que representan un gasto contable, están registrados en los resultados de la sociedad, no representan una liberalidad y la (LIS) no establece particularidad específica alguna sobre las condiciones que deben cumplir estos gastos contables.” Además de admitir la deducción fiscal de las remuneraciones como gastos si están correlacionados con los ingresos.

Ahora bien, el cambio de concepto de gasto necesario a gasto contable para su deducibilidad en el IS y la nueva definición de la determinación de la base imponible del IS en relación al resultado contable que aportó la LIS de 1995 suponen, a nuestro entender, que las remuneraciones de los administradores si tienen el carácter de gasto contable también lo tendrán de gasto fiscal, salvo que haya alguna norma específica en la LIS de 2015 que excluya su deducibilidad.

En este sentido, indicamos que el resultado contable es el punto de referencia para la determinación de la base imponible del IS. Y el resultado contable surge de la formulación de la contabilidad, siendo uno de los elementos que la integran: el gasto contable. En consecuencia, el gasto fiscal será el gasto contable corregido por las normas fiscales⁵¹⁵. Así, el art. 10.3 de la LIS de 2015 (que mejora convenientemente el texto de la anterior norma de la LIS de 1995⁵¹⁶) regula la forma de determinación de la base imponible del IS en relación con el resultado contable. Este resultado contable será fijado de acuerdo con las normas previstas en el CCom, en las demás leyes relativas a la determinación de ese resultado y en las disposiciones dictadas en desarrollo de dichas normas⁵¹⁷.

Por lo tanto, las remuneraciones de los administradores satisfechas serán consideradas como gasto contable (por la normativa contable) del ejercicio y se deducirán fiscalmente si están registradas (contabilizadas) como gasto en la cuenta de

⁵¹⁵ Básicamente la LIS y el RIS vigentes en cada período evolutivo tratan de aproximar el resultado contable y el fiscal, sin embargo, la contabilidad y la fiscalidad persiguen objetivos diferentes. Mientras que la primera pretende expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (PGC); la LIS, por su parte, persigue gravar la capacidad económica de las personas jurídicas (exposición de motivos 1, LIS de 1995).

⁵¹⁶ La LIS de 1995 estableció como una de las principales novedades de la reforma la determinación de la base imponible del IS a partir del resultado contable, “corregido por las excepciones legalmente tipificadas” (exposición de motivos 1). La LIS de 2015 (al igual que el texto refundido de la LIS de 2004) mantiene la misma estructura del IS, donde “el resultado contable sigue siendo el elemento nuclear de la base imponible y constituye un punto de partida clave en su determinación” (preámbulo 1 de la LIS de 2015). De la misma manera el art. 10.1 de la LIS de 2015 recoge el concepto de la base imponible que “estará constituida por el importe de la renta obtenida en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de períodos impositivos anteriores”. Sin embargo, estructura y separa mejor los métodos de determinación de la base imponible: directa, indirecta e incorpora el de estimación objetiva (art. 10.4 de la LIS de 2015).

⁵¹⁷ El art. 10.3 de la LIS de 2015, para el régimen de estimación directa (método general de cálculo), regula la determinación de la base imponible del IS partiendo del resultado contable, corregido mediante la aplicación de los ajustes ordenados en la propia LIS (correcciones y reglas de valoración, provisiones, gastos no deducibles, exenciones y reducciones).

Recordemos que el conjunto normativo en materia contable al que se remite la LIS está integrado, básicamente, por el CCom, la LSC de 2014, el PGC de 2008 y sus adaptaciones sectoriales, las normas de valoración y elaboración de las cuentas anuales y las resoluciones del ICAC.

pérdidas y ganancias, formando parte del resultado del ejercicio que se devengan (imputación contable)⁵¹⁸.

También, el ICAC señalaba que, desde el punto de vista económico, “la cuenta de pérdidas y ganancias al recoger todos los ingresos de una sociedad y los gastos en que ha incurrido para su obtención, deberá incluir necesariamente la retribución correspondiente a los administradores al ser ésta (...) un gasto más de la empresa”⁵¹⁹.

De lo anterior, la DGT, en su informe de 12 de marzo de 2009, deduce que los pagos satisfechos en concepto de remuneraciones de los administradores tendrán la consideración de gasto contable del ejercicio, dado que esos pagos suponen un decremento del patrimonio neto como consecuencia de una salida de activo líquido (efectivo de dinero) satisfecho. Por tanto, a efectos contables, la remuneración de los administradores es gasto contable, afirmación que compartimos totalmente.

No obstante, recordemos que la LIS de 1995 mediante el art. 14 sobre gastos no deducibles, disponía en su letra e) que no se entenderán donativos ni liberalidades aquellos gastos que se hallen correlacionados con los ingresos (actual art. 15 e) de la LIS de 2015), ya que de la norma fiscal desapareció el requisito de necesidad del gasto para su deducibilidad de la LIS de 1978. Interpretamos, pues, la necesaria relación entre los gastos y los ingresos como requisito para la deducibilidad del gasto en el IS. En otras palabras, la norma fiscal le ha dado una mayor flexibilidad al concepto de gasto necesario.

De este modo, los gastos serán deducibles fiscalmente por el hecho de estar relacionados (necesariamente) con la obtención de los ingresos, de forma directa o

⁵¹⁸ Véase al respecto, el análisis que realiza la DGT en su informe de 12 de marzo de 2009 (apartado II) sobre la deducibilidad de los gastos en el IS. Así, cualquier gasto tendrá tal consideración de deducible si cumple con la condición de gasto contable, contabilización y mientras que la LIS no establezca precepto específico que se separe de los criterios contables de calificación, valoración o imputación del gasto. Por su parte, el TEAC en la resolución de 18 de diciembre de 2008, proclama que la deducibilidad de unas cuotas de IVA soportado no deducibles registradas en una cuenta de activo se opone a lo dispuesto en la normativa de la LIS (de 2004), que establece como requisito de deducibilidad de un importe su registro en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas.

⁵¹⁹ BOICAC núm. 21, abril de 1995, consulta única, sobre la consideración contable de la remuneración de los administradores de una sociedad. Desde un punto de vista económico, señalaba las remuneraciones de los administradores como un gasto más de la sociedad, necesario para poder obtener los ingresos correspondientes de la misma.

indirecta, de la sociedad y siempre que no sean considerados una liberalidad. Es decir, todo gasto satisfecho o realizado será deducible si su finalidad consiste en la obtención de ingresos como por ejemplo, las atenciones a clientes derivadas de las relaciones comerciales, siempre que estén justificadas documentalmente, salvo que dicho gasto tenga limitada su deducibilidad por el art. 15 de la LIS de 2015⁵²⁰. *A sensu contrario*, no será gasto deducible fiscalmente y puede considerarse una liberalidad aquel que no se halle relacionado con los ingresos (por ejemplo, una subvención recibida de una empresa sin contraprestación alguna o la falta de repercusión del IVA a los clientes por propia voluntad).

Ergo las remuneraciones de los administradores tendrán la consideración de gastos deducibles en el IS si, siendo consideradas como gasto contable, están correlacionadas (necesariamente) con la obtención de ingresos de la sociedad, no representan una liberalidad y, obviamente, están contabilizadas como gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias, formando parte del resultado del ejercicio que se devengan (imputación). Además, es importante destacar que no existe limitación (ni previsión específica) alguna sobre la deducibilidad fiscal de las remuneraciones que las separe de su condición de gasto contable⁵²¹. Más aún, por aquél entonces (LIS de 1995), el TEAC se pronunció de manera que la remuneración de los administradores constituye un gasto realizado para la obtención de los ingresos, al ser la citada remuneración un gasto más de la sociedad y,

⁵²⁰ El art. 14 de la LIS de 1995 contenía los gastos no deducibles y, en concreto, en la letra e) establecía las liberalidades, de modo que, no se consideran como tales los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos. La nueva LIS de 2015 lo recoge en su art. 15, si bien introduce novedades en materia de deducibilidad de determinados gastos como el límite del 1% del importe neto de la cifra de negocios del período impositivo por atenciones con clientes o proveedores y, en concreto, respecto a las remuneraciones a los administradores, como veremos más adelante.

En las SSAN de 29 de junio de 2006 (FJ 2º) y de 30 de abril de 2007 (FJ 4º) no consideran liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación. Así, determinan el concepto de gasto necesario como un coste de los rendimientos obtenidos (gastos e ingresos están relacionados) y como contrario a liberalidad. También en la SAN de 9 de junio de 2011 (FJ 2º) no se admite el gasto deducible por pagos realizados en concepto de seguridad social francesa de algunos empleados, por no probarse suficientemente la necesaria correlación entre los importes satisfechos por la entidad al personal desplazado al extranjero y los ingresos percibidos por este concepto. Véase, además, las CV de la DGT núm. V0932-14 de 2 de abril de 2014 y núm. V2218-14 de 8 de agosto de 2014.

⁵²¹ La LIS de 1995 y el texto refundido posterior de 2004, a diferencia de la LIS de 1978, no establecen precepto alguno específico sobre las condiciones a cumplir por los gastos satisfechos en concepto de remuneraciones de los administradores de las sociedades. Asimismo se recoge en el informe de la DGT de 12 de marzo de 2009, en su letra c) del apartado II dicta que “(la LIS de 2004) no establece precepto específico alguno sobre las condiciones que deben cumplir los gastos por las retribuciones satisfechas a los administradores de la sociedad, por lo que el IS asume los criterios contables al respecto”.

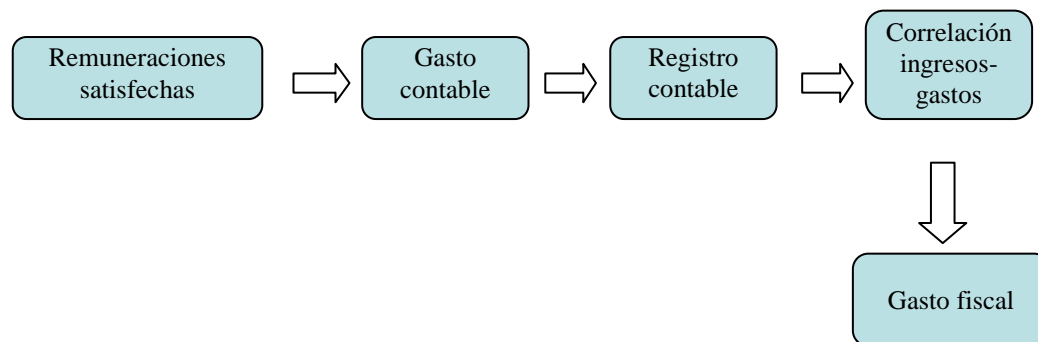
por ello, la cuenta de pérdidas y ganancias deberá incluir la remuneración correspondiente a los administradores⁵²².

Finalmente, en los requisitos de deducibilidad que se deben cumplir para que las remuneraciones de los administradores sean deducibles en el IS nos resta la justificación del gasto. Los gastos para ser deducibles deben justificarse mediante su existencia y su importe, circunstancias que se relacionan con la necesidad para la obtención de los ingresos y la efectividad del gasto realizado. Tal justificación se demostrará a través de los documentos contables (facturas, nóminas o recibos, por poner algún ejemplo)⁵²³. De este modo, las remuneraciones a los administradores, para considerarlas como gasto, se justificarán mediante los correspondientes documentos contables (nóminas y apuntes bancarios) y, junto con ello, también podría ser a través de la cobertura estatutaria, determinando el concreto sistema de remuneración, en lo que concierne a los administradores en su condición de tales (no ejecutivos). Pues, entendemos que la previsión estatutaria que dicta el art. 217 de la LSC de 2014 es un requisito a exigir para la deducibilidad de las remuneraciones en el IS pero sólo por las satisfechas por las funciones no ejecutivas, dejando al margen las funciones ejecutivas que quedarán reflejadas en un contrato con la sociedad (como por ejemplo, los consejeros ejecutivos, art. 249 de la LSC de 2014).

Así pues, recapitulando podemos deducir que las remuneraciones abonadas a los administradores cumplen con los requisitos de contabilización, imputación, necesidad y justificación, como cualquier gasto contable, para su admisión como gasto fiscal. Y, podemos añadir, que se correspondan con una operación efectivamente realizada. A modo de resumen, reflejamos en el siguiente esquema los requisitos fiscales para su deducibilidad como gasto en el IS:

⁵²² El TEAC en la resolución de 14 de septiembre de 2006, manifiesta que “la LIS de 1995 no dedica ninguna norma específica a las retribuciones de administradores sociales (...) se está remitiendo a la legislación contable para la determinación del resultado contable”, lo que nos lleva a concluir que el IS asume los criterios contables al respecto. En la misma línea de argumentación se pronunció el ICAC, publicado en el BOICAC núm. 21, abril de 1995, consulta única; o más recientemente el informe de la DGT de 12 de marzo de 2009, como ya hemos mencionado *supra*.

⁵²³ El art. 120.1 de la LIS de 2015 dispone sobre las obligaciones contables, de tal forma que llevarán su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el CCom o con lo establecido en las normas por las que se rigen.



Esquema 7: Los requisitos fiscales de las remuneraciones.

Fuente: elaboración propia.

b) La opinión del TS.

Sin embargo el TS⁵²⁴ exige además que la remuneración de los administradores conste en los estatutos sociales y con certeza, se refiere entonces al cumplimiento de los requisitos mercantiles para su deducibilidad fiscal, o de lo contrario la califica de liberalidad por no ser gasto necesario. En este sentido, la DGT⁵²⁵ aclara la aplicación de la doctrina del Alto tribunal con la normativa fiscal; a continuación, señalamos los puntos más destacados de la DGT:

- El concepto de gasto contable.
- La contabilización del gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.
- El gasto es deducible en la medida en que se relaciona con los ingresos y no constituye una liberalidad.

⁵²⁴ Recordemos las dos SSTS, Sala de lo Contencioso, de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), que dieron origen a la teoría del vínculo en el ámbito fiscal. De este modo, las remuneraciones han de constar en los estatutos sociales y con certeza, ser un gasto necesario y obligatorio y las que no tengan cobertura estatutaria no serán fiscalmente deducibles. Para un mayor detalle consúltese el apartado 7.2.1. sobre el origen del problema.

⁵²⁵ La DGT emite un informe con fecha 12 de marzo de 2009, en relación con la deducibilidad de las retribuciones de los administradores como gasto en el IS, en el marco normativo de la LIS de 2004. Además, recoge la doctrina administrativa del TEAC en esta materia como las resoluciones de 14 de septiembre de 2006, de 11 de octubre de 2006 y de 18 de diciembre de 2008. En definitiva, señala la doctrina administrativa que, “dado que la LIS de 1995 no establece precepto alguno que limite la deducibilidad de las retribuciones de los administradores, establecidas éstas por los estatutos sociales conforme al art. 130 de la LSA, satisfechas conforme a los mismos (...), y contabilizadas correctamente los gastos que nos ocupan (...), por otra parte necesarios para la obtención de los ingresos, debe concluirse el carácter deducible de los mismos para la determinación de la base imponible puesto que concurren a la fijación del resultado contable.”

- Los estatutos sociales deben recoger el carácter remunerado del cargo de administrador y determinar el sistema de retribución, aunque no se cumplan los requisitos de certeza de la remuneración.

En suma, no habiendo límite a la deducibilidad de las remuneraciones de los administradores, éstas serán deducibles si, establecidas en los estatutos sociales, son gasto contable, contabilizadas correctamente y necesarias para la obtención de los ingresos y no representan una liberalidad⁵²⁶.

En el informe de la DGT (al que ya hemos aludido en el apartado 7.2.1.) encontramos positivo que cuestione el carácter de liberalidad de las remuneraciones que no cumplen con todos y cada uno de los requisitos de la normativa mercantil. Pero criticamos que sólo se remita al ámbito objetivo de la remuneración (teoría del milímetro) donde éstas serán fiscalmente deducibles si hay previsión estatutaria sin necesidad de certeza; en cambio nada se dice de la deducibilidad de las remuneraciones para el caso de que no haya cobertura en los estatutos sociales, como es en el tema de los administradores ejecutivos (teoría del vínculo). En este contexto, nos preguntamos si se consideran una liberalidad y, por tanto, gasto no deducible las remuneraciones satisfechas que no tengan determinación estatutaria⁵²⁷.

Y, al respecto, la DGT concluye que las remuneraciones pagadas a los administradores no tienen la consideración de liberalidad, aunque no se cumpla de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la normativa mercantil, pues se trata de cantidades satisfechas en contraprestación de los servicios recibidos.

⁵²⁶ Véase las SSTSJ de Asturias de 21 de junio de 2010 (FJ 3º); de Galicia de 13 de mayo de 2011 (FJ 2º); y de Madrid de 13 de julio de 2011 (FJ 2º).

⁵²⁷ Son coincidentes con nuestra crítica, MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: ...*”, ob. cit. pp. 18 a 21; RODRÍGUEZ OTERO, L. E.: “*La retribución de los administradores de entidades mercantiles en el IS*”, revista de Estrategia financiera, núm. 274, Ed. Ciss Praxis, julio-agosto 2010, pp. 26 a 31; y, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 14 y 15. Asimismo, la jurisprudencia concluye que las consideraciones del informe de la DGT no se pueden llevar a la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas sin cobertura estatutaria, véase la STS de 11 de marzo de 2010 (FFJJ 5º y 6º) y, también, las SSAN de 23 de febrero de 2011 (FJ 11º) y de 16 de febrero de 2012 (FFJJ 2º, 5º y 7º).

Para el TS, el concepto de liberalidad tiene su causalidad entre gasto e ingreso, de manera que no estaremos ante una liberalidad si se demuestra que dicho gasto se realizó para obtener ingresos; lo fundamental es la correlación entre el gasto y la obtención de los ingresos. Así, afirma que un gasto contable será un gasto fiscalmente deducible (cuando no haya de corregirse por las normas fiscales) siempre que no constituya una liberalidad⁵²⁸.

Y el problema reside cuando los estatutos sociales no previenen el carácter remunerado del cargo (gratuito) ya que el TS ha considerado que los pagos satisfechos por ese concepto son una liberalidad o un asunto de legalidad. Estudiemos primero los razonamientos de la jurisprudencia para calificar como liberalidad la remuneración de los administradores y seguidamente analizaremos el cambio de criterio hacia una cuestión de exclusiva legalidad por incumplimiento o no con los requisitos mercantiles.

La STS de 30 de octubre 2013 (FJ 6º) afirma que “las retribuciones de los administradores son un gasto deducible cuando cumplen los requisitos legales exigidos para esa deducción. Esos requisitos legales son los que se derivan de la totalidad del ordenamiento jurídico y de modo expreso de los estatutos de la entidad que efectúa la deducción.” Y añade que “las retribuciones de los administradores no pueden traicionar las reglas que rigen la vida de la entidad que retribuye, es decir, sus estatutos. En consecuencia, al establecer los estatutos la gratuidad del cargo de administrador es obligado rechazar la deducción de retribuciones que frontalmente infringen los estatutos de la entidad pagadora”. Y continúa, “tampoco pueden, las mencionadas retribuciones, defraudar las reglas que rigen el adecuado comportamiento de un ordenado comerciante, en los términos exigidos por el CCom.” Y concluye afirmando que “una entidad puede retribuir a sus administradores como tenga por conveniente, pero tales percepciones, por el concepto de retribuciones, no pueden exceder de los límites socialmente admisibles

⁵²⁸ Entre otras, las SSTS de 11 de febrero de 2010 (FFJJ 4º y 5º); de 25 de febrero de 2010 (FFJJ 4º y 5º) que sostiene que “como presupuesto primero e ineludible para determinar si un gasto es o no fiscalmente deducible, se exige que el gasto no esté prohibido normativamente o que derive de un acto ilícito; de suerte que resulta inútil entrar a examinar fiscalmente la deducibilidad fiscal del gasto si procede del incumplimiento de una norma, por prohibición o por contravención”; de 9 de febrero de 2012 (FJ 5º) que se acoge a la tesis doctrinal “de que son gastos no deducibles fiscalmente aquellos que no pueden ser tenidos en cuenta para la determinación del resultado fiscal o tributario del ejercicio”, siendo la clave para un gasto deducible “la correlación entre gasto con obtención del rendimiento (...) que (no) sólo pueda considerarse gasto deducible aquel que sea obligatorio jurídicamente, puesto que cabe que gastos no obligatorios jurídicamente sean deducibles cuando se realicen para obtener ingresos, y no constituyan una liberalidad”; y de 6 de mayo de 2013 (FJ 3º), en la misma línea de argumentación.

(art. 1255 del CC) so pena de convertirlas en liberalidades que impidan su deducción a la entidad que las efectúa y que obliga a que sean gravadas en el perceptor como donaciones efectuadas por un extraño.”⁵²⁹

En nuestra opinión, en el marco de la LIS de 1995 y de 2004⁵³⁰, consideramos errónea la interpretación del TS al respecto de que la remuneración satisfecha es una liberalidad (y no deducible) si el cargo de administrador es gratuito según los estatutos sociales. El principio de correlación de ingresos y gastos, como ya hemos explicado en el apartado 7.1.1, determina que no se comprenderán liberalidades los que se hallen correlacionados con los ingresos. Eso no significa que todos los gastos que no cumplan con el ordenamiento mercantil sean una liberalidad, más bien, en todo caso serían gastos ajenos a la actividad empresarial por no tener correspondencia con los rendimientos obtenidos. *Ergo* las remuneraciones abonadas a los administradores no son un gasto ajeno a la actividad de la sociedad, tienen su relación con los ingresos, no poseen el carácter de liberalidad y, por tanto, son un gasto fiscalmente deducible. Y añade, con razón, DURÁN-SINDREU BUXADÉ que tampoco (las remuneraciones) tienen la consideración de liberalidad ya que existe una equivalencia de prestaciones⁵³¹. Es decir, el valor de los servicios que presta el administrador se equipara al importe con el que se le satisface por aquellos (onerosidad).

⁵²⁹ En la misma línea argumentativa del concepto de liberalidad de las remuneraciones satisfechas cuando no hay previsión estatutaria, véanse las SSTs de 29 de septiembre de 2010 (FJ 3º); de 6 de abril de 2011 (FJ 4º); de 9 de febrero de 2012 (FJ 5º); de 21 de febrero de 2013 (FJ 4º); de 6 de mayo de 2013 (FJ 3º); de 26 de septiembre de 2013 (FJ 4º); y de 21 de noviembre de 2013 (FJ 2º).

La doctrina administrativa que surge de la DGT interpreta que en aquellos supuestos en los que el cargo de administrador sea gratuito, las cantidades que se retribuyan por funciones de dirección y administración son propias del cargo y no tendrán la consideración de gasto fiscalmente deducible por tratarse de una mera liberalidad (CV núm. V1382-13 de 23 de abril de 2013). De la misma manera, el TEAC en resolución de 6 de febrero de 2014 para la unificación de criterio acuerda que “en el supuesto de que se satisfagan retribuciones a los administradores, cuyo cargo sea gratuito según las disposiciones estatutarias, por la prestación de servicios de dirección o gerencia, dichas cuantías tienen la consideración de gastos no deducibles con arreglo a lo dispuesto en el art. 14.1.e) de la LIS de 2004, siendo sólo compatible la relación de carácter laboral por las funciones de gerencia o dirección con la de carácter mercantil del cargo de administrador, cuando las funciones que se realizan por razón de la primera sean 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, y sólo se podrá percibir remuneraciones por dicha función cuando esté previsto en los estatutos sociales el carácter remunerado del cargo”.

⁵³⁰ También en la LIS de 1978 que consideraba como gastos no deducibles las liberalidades, cualquiera que fuera su denominación, si bien no se considerarán como tales aquellas prestaciones en las que haya contraprestación (en su art. 14.f)).

⁵³¹ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 31.

Entonces, nos preguntamos si las remuneraciones abonadas que no cumplen con todos los requisitos mercantiles serán consideradas como gastos ilícitos por ir en contra del ordenamiento jurídico y, por el contrario, no constituyen una liberalidad, como por ejemplo, los pagos satisfechos por las funciones ejecutivas realizadas. Para MARÍN BENÍTEZ el concepto de liberalidad “no puede ser aplicado a determinados gastos que, necesarios *de facto* para la obtención de ingresos, o relacionados directamente con esa obtención, o pagados para obtener una contraprestación a cambio, contravienen el ordenamiento jurídico”⁵³². Tal razonamiento merece nuestra aceptación.

Más adelante, el TS cambia su valoración de liberalidad sobre la remuneración de los administradores sin previsión estatutaria hacia un tema de mera legalidad. De tal forma que considera que la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas es un problema exclusivamente de legalidad, criterio que tampoco compartimos como bien explicaremos a continuación. La STS de 2 de enero de 2014 recoge el planteamiento de la cuestión de legalidad para la admisión de la deducción fiscal de las remuneraciones pagadas a los administradores⁵³³; la citada sentencia realiza un análisis de la variación normativa de la LIS de 1995, con respecto a la LIS de 1978, de tal modo que la controversia reside en la interpretación que haya de darse al art. 10.3 de la LIS de 1995⁵³⁴. El TS indica que “no se centra en la necesidad del gasto como a veces se pretende, sino en su legalidad, que ha de inferirse de las normas que rigen la materia de las retribuciones de los administradores en los respectivos textos que las regulan. Tal legalidad hay que entenderla referida (...) no sólo a los estatutos sino a los límites que de la totalidad del ordenamiento jurídico pueden inferirse a la vista de las circunstancias concurrentes” (FJ 5º).

⁵³² MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:....*”, ob. cit. p. 22. La autora concluye que existen gastos ilícitos, por ser contrarios al ordenamiento jurídico, que no conforman una liberalidad. Resulta muy razonado y reflexivo el planteamiento de la ilicitud en el Derecho tributario que realiza GALARZA, C. J.: *La tributación de los actos ilícitos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 61 y 62. Así, por un lado observa los hechos calificados como ilícitos por otras ramas del Derecho y, por otro, los ilícitos propiamente tributarios, afirmando que “el Derecho tributario debe enfrentarse al dilema de respetar su propia dinámica que lleva a gravar cualquier acto, hecho o negocio como imponible, sin importar que se considere inexistente para el Ordenamiento jurídico en general, o bien plegarse al criterio del ordenamiento y considerarlo inexistente a los efectos tributarios”.

⁵³³ Véase al respecto del cambio de parecer del TS sobre las remuneraciones pagadas a los administradores societarios hacia un problema de legalidad, por ello la STS de 2 de enero de 2014 (FJ 5º) realiza un interesante análisis sobre la problemática planteada.

⁵³⁴ Recordemos que el art. 10.3 de la LIS de 1995 establece que “en el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el CCom, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.”

En resumidas cuentas, el TS considera que los pagos de remuneraciones a los administradores que no tienen cobertura estatutaria son contrarios al ordenamiento mercantil (precisamente por no figurar en los estatutos sociales como exige la LSC de 2010) y no serán fiscalmente deducibles, sin necesidad de determinar su correlación o no con los ingresos, se trata, entonces, de un problema exclusivamente de legalidad.

A nuestro entender, la consideración del TS de calificar la remuneración del administrador como una cuestión de legalidad para admitir su deducibilidad no nos parece acertada. La remisión legal que sostiene en su art. 10.3 la LIS de 2004 (y de 1995) al ordenamiento mercantil y contable se refiere tan sólo al cálculo de la base imponible del IS; nada, por lo tanto relativo al régimen de la remuneración de los administradores. Cuestión diferente es que los pagos realizados en concepto de remuneración no cumplen con lo previsto en los estatutos sociales, lo que puede originar un gasto no legal (ilegal o ilícito) por incumplimiento de la normativa mercantil. De ahí, que debamos plantearnos la deducibilidad o no de ese gasto ilegal⁵³⁵.

Parece que la respuesta la encontramos en el art. 13 de la LGT que regula el principio de calificación tributaria⁵³⁶; este precepto establece la irrelevancia fiscal de la falta de licitud o validez que puedan contener los negocios jurídicos desarrollados por los obligados tributarios. En consecuencia, un gasto no puede dejar de ser fiscalmente deducible por adolecer el negocio jurídico que lo comporta de defectos de validez⁵³⁷; y

⁵³⁵ En idéntico sentido, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 31 a 36. El autor apunta que el art. 10 de la LIS de 2004 no justifica la no deducibilidad de los gastos ilegales (remuneraciones sin cobertura estatutaria) por incumplimiento de la normativa mercantil.

⁵³⁶ El art. 13 de la LGT dispone que “las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”.

⁵³⁷ La irrelevancia fiscal de los defectos de validez ha sido tratada de forma amplia por FALCÓN Y TELLA, R.: “*La abstracción tributaria de la causa y la presunción de validez de los actos o negocios gravados*”, en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 8, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 7 a 10. También, del mismo autor “*La abstracción tributaria de la causa y sus consecuencias en la calificación de los negocios*”, en *AAVV: VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario: La asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los nuevos planes de estudio*, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 12/2011, pp. 173 a 175. En su opinión, lo relevante a efectos fiscales no es el negocio jurídico como tal, sino el hecho de haberse celebrado el negocio, es decir, la realización del hecho imponible y destaca convenientemente el principio general de calificación tributaria que encierra el art. 13 de la LGT, perfectamente lógico e imprescindible, desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Además, señala que “este carácter fáctico del hecho imponible conlleva también que el contrato (o negocio) despliegue sus efectos tributarios por el mero hecho de haberse celebrado, aunque adolezca de vicios que puedan afectar a su validez”. En lo concerniente a las remuneraciones de los administradores opina con acierto que lo anterior también vale para aquellas, “aunque no aparezcan

con respecto a las remuneraciones sin cobertura estatutaria, siendo éstas gasto contable, no se puede negar su deducibilidad fiscal a la luz del art. 13 de la LGT. Ciertamente es que los estatutos sociales recogen una realidad y la voluntad de la sociedad es otra. Aquellos señalan que el cargo de administrador no es retribuido y la sociedad realiza pagos por ese concepto. Pero los hechos objetivos son que el administrador presta sus servicios a la sociedad, ésta le retribuye por ello y, por tanto, existe consentimiento de los socios de remunerarlo⁵³⁸. Cuestión distinta sería que se retribuyera a los administradores aunque los estatutos sociales prevean la gratuidad del cargo, sin que exista conocimiento de los socios de ello o se vaya en contra de la voluntad social.

En cualquier caso, la deducibilidad fiscal de las remuneraciones sin previsión estatutaria no responde al requisito de legalidad que señala el TS. Además, cabe añadir que el principio constitucional de capacidad económica (art. 31.1 de la CE) que obliga a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica⁵³⁹. En este sentido, se exige tributar la renta obtenida por una sociedad en el desarrollo de su actividad económica y, para el caso, el IS somete a gravamen el resultado contable corregido por las limitaciones y correcciones que así se establezcan por la LIS (lo que denominamos base imponible).

fijadas en los estatutos sociales con el detalle y la concreción exigibles (en contra de lo que afirman las dos SSTs de 13 de noviembre de 2008). Tales remuneraciones podrán ser atacadas en vía civil, o ante la jurisdicción social según los casos, pero mientras no se anulen ha de aceptarse la realidad de las mismas y su carácter de gasto deducible”. Y concluye que “carece totalmente de sentido que la sociedad las haya pagado, por considerarse obligada a ello, con la consiguiente minoración del beneficio repartible, que dicho pago no se haya anulado ni en la vía civil ni en la social, pues ningún accionista los ha impugnado, y que sin embargo tales pagos no puedan deducirse fiscalmente porque la inspección y la jurisdicción contencioso-administrativa han entendido que no eran admisibles desde el punto de vista jurídico-privado”, argumentación que compartimos.

⁵³⁸ En la STS de 19 de diciembre de 2011 (FJ2º) se refiere al abuso de la formalidad, esto es, cuando la voluntad social (totalidad de los socios) y los hechos objetivos acaecidos suponen que el pacto estatutario sea lo incorrecto. Y subraya que “no obstante, la jurisprudencia de esta Sala, cuando la totalidad de los accionistas conocen y consienten el pacto, ha rechazado la oponibilidad de la exigencia contenida en el art. 130 de la LSA (actual art. 217 de la LSC de 2014) alejada de su finalidad de tutela y como fórmula para desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas”. Asimismo, defienden acertadamente la deducibilidad de las remuneraciones de los administradores sin previsión estatutaria invocando al art. 13 de la LGT, GARCÍA NOVOA, C.: “*La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el IS*”, en revista *Quincena Fiscal*, núm. 8, Ed. Aranzadi, 2009, pp. 57 a 94; RODRÍGUEZ OTERO, L. E.: “*La retribución de los administradores...*”, ob. cit. pp. 26 a 31; CAAMAÑO ANIDO, M.: “*La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el ISD y la retribución de los administradores*”, en revista *Quincena Fiscal*, núm. 8, Ed. Aranzadi, 2011, pp. 15 a 28; MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. pp. 5 a 40; y PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: “*La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e IS*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 373, Ed. Centro de Estudios Financieros, abril 2014, pp. 173 a 180.

⁵³⁹ El art. 31.1 de la CE sostiene que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

Compartimos la opinión de MARÍN BENÍTEZ sobre que las sociedades que remuneran las funciones ejecutivas de los administradores (cometidos no inherentes al cargo de administrador como tal) y que tales funciones se regulan en un contrato de servicios (mercantil o laboral), “ven realmente reducida su capacidad económica como consecuencia de la remuneración pagada a esos consejeros (ejecutivos) y deberían contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en atención a esa capacidad económica mermada”⁵⁴⁰.

En consecuencia, cualquier limitación diferente de las anteriores en la deducibilidad de los gastos contables influye en la verdadera capacidad económica que el IS debe gravar.

Pero es que además, a nuestro entender, el sistema tributario no tiene la finalidad de sancionar los gastos ilegales, más bien lo que se pretende es el deber de contribuir vinculado a la realización de un hecho imponible. Por consiguiente, se gravará la capacidad económica del contribuyente con independencia de la validez o no del negocio jurídico realizado⁵⁴¹. Y en el art. 14.1 de la LIS de 2004 que determina los gastos fiscalmente no deducibles, no aparece nada previsto sobre gastos ilícitos para excluirlos de su deducibilidad⁵⁴².

⁵⁴⁰ MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. p. 23 y 26. La autora apela a la justicia tributaria para adecuar la verdadera capacidad contributiva y admitir la deducibilidad de los gastos reales incurridos por la sociedad. Además, apunta acertadamente que si bien hay debate sobre la deducibilidad fiscal en el IS de las remuneraciones que no cumplen con los requisitos mercantiles, en cambio, no ocurre igual con la imposición para el administrador que las percibe. Así pues, tales remuneraciones están sujetas a tributación por el IRPF como rendimientos del trabajo sin objeción alguna. Y añade que el principio de capacidad económica obliga que todos (no sólo los cumplidores con la ley) contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos y junto con el art. 13 de la LGT “exigen igualmente, en el otro lado de la moneda, que el pagador de esa renta que está siendo sometida a imposición pueda deducirla de la base imponible de su IS”, razonamiento que compartimos.

⁵⁴¹ Recordemos el principio de calificación tributaria (art. 13 de la LGT) sobre la irrelevancia fiscal de los defectos de validez en los actos jurídicos realizados por el contribuyente. Encontramos también constancia de lo comentado en el art. 16.2 de la LGT, sobre simulación, que dispone que “la existencia de simulación (en los actos o negocios) será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios”.

⁵⁴² En relación a la fiscalidad de las actividades ilícitas y la deducibilidad de los gastos que se puedan ocasionar resultan interesantes los artículos de APARICIO PÉREZ, J.: “*El tratamiento fiscal de actividades ilícitas y fondos de origen ilegal*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 76, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995, pp. 9 a 12; CHICO DE LA CÁMARA, P.: “*La tributación de los actos ilícitos: aplicabilidad de las soluciones adoptadas en el derecho italiano al caso español*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 163, Ed. Centro de Estudios Financieros, 1996, pp. 3 a 44; GALARZA, CÉSAR J.: “*Algunas cuestiones sobre la tributación de los actos ilícitos*”, en revista Tribuna Fiscal, núm. 217, Ed. Ciss Praxis, noviembre 2008, pp. 24 a 27; y PUEBLA AGRAMUNT, N.: “*El gravamen de lo ilícito. Aplicación práctica de la solución propuesta a los distintos impuestos desde nuestro derecho positivo*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 310, Ed. Centro de Estudios Financieros, 2009, pp. 3 a 50.

En definitiva, de cuanto antecede podemos afirmar que las remuneraciones satisfechas a los administradores no previstas estatutariamente son gastos reales y contabilizados para así ser consideradas como gasto fiscal. Asimismo, no están excluidas como gasto no deducible por la LIS de 2004 y al amparo del art. 13 de la LGT y del art. 31.1 de la CE serán fiscalmente deducibles aunque no cumplan con lo dispuesto en los estatutos sociales. Por lo tanto, comprobamos que las remuneraciones por ese concepto no tendrán la consideración de liberalidad como tampoco entendemos que sea una cuestión de legalidad a los efectos de admitir su deducibilidad⁵⁴³.

Por su parte, GALARZA, C. J.: *La tributación de...*, ob. cit. pp. 51 a 75, apunta sobre los vicios que afectan a la configuración del hecho imponible con son la invalidez y la ilicitud. El autor centra su estudio en los hechos calificados como ilícitos por otras ramas del Derecho, que encierran un hecho imponible que califica de “normal” de la norma tributaria, y la posibilidad de sujetar a tributación ese hecho al margen de su carácter ilícito. Con relación a los gastos relativos a actividades ilícitas sugiere que podrían resultar deducibles, siempre que se ajusten a los requisitos legales. Por el contrario, no considera viable, en general, la deducción de los gastos ilícitos. Esta última opinión no la compartimos del todo, si bien habría que analizar cada supuesto de gasto, pues no es lo mismo el pago de un soborno que el gasto por la compra de alimentos sin la licencia respectiva. Además, consideramos opuesto al principio de capacidad económica la no deducción del gasto por ilícito y que por la vía del ingreso sea irrelevante la ilicitud del acto. *A sensu contrario*, los actos ilícitos sin apariencia de validez no sujeto a tributación ni desde la perspectiva del gasto ni del ingreso.

⁵⁴³ La STS de 5 de febrero de 2015 (FJ 4º) retoma el concepto de liberalidad de las remuneraciones satisfechas a los administradores sin previsión estatutaria. Esta Sentencia recoge la jurisprudencia al respecto del concepto de liberalidad y no deducibilidad de las remuneraciones que no constan en los estatutos sociales, bajo la vigencia de la LIS de 1995, afirmando que “no existe inconveniente en calificar de liberalidad no deducible, la retribución reconocida al administrador cuando los Estatutos de la sociedad establecen el carácter gratuito del cargo, por lo que resulta congruente la aplicación del mismo criterio al supuesto de concesión de retribución por encima del límite fijado en aquellos”, conclusión que no compartimos por los razonamientos expuestos en este mismo apartado y a los que nos remitimos.

Pero lo interesante de la citada Sentencia es el voto particular emitido por el Magistrado MONTERO FERNÁNDEZ, J.A., en discrepancia con la consideración de la retribución de un consejero delegado como liberalidad y los efectos derivados de tal calificación. En este sentido, apunta que “podría justificarse que no cabe deducir como gasto la retribución del administrador o consejero delegado por no contemplarse en los estatutos de la sociedad, esto es, que estamos ante una cuestión de estricta legalidad; sin embargo, la Sentencia (...), después de considerar necesaria la previsión estatutaria, califica de liberalidad no deducible la retribución”. Para el citado Magistrado no existe nada más lejos del concepto jurídico común de liberalidad que las retribuciones a un administrador de una sociedad, esté o no previsto en los estatutos. Y prosigue que “resulta innegable, ni siquiera fue negado por la jurisprudencia, que cualquier cantidad satisfecha por la sociedad a sus administradores en atención a los servicios prestados, es un gasto realizado para la obtención de unos ingresos, lo que resulta insostenible es que pueda considerarse como disposición a título gratuito, como liberalidad”. Lo importante, concluye, no es la necesidad del gasto satisfecho en las remuneraciones, sino su legalidad, es decir, que venga previsto en los estatutos sociales, y “si las retribuciones de los administradores no superan la exigencia para su legalidad, lo pagado a los administradores carece de relevancia y virtualidad a efectos fiscales.” Esta conclusión tampoco la podemos compartir por los motivos desarrollados en esta sección.

De igual manera, en la STS de 28 de octubre de 2015 (FJ 4º) en aplicación del principio de unidad de doctrina se califica de “liberalidad no deducible, la retribución reconocida al administrador cuando los estatutos de la sociedad establecen el carácter gratuito del cargo, por lo que resulta congruente la aplicación del mismo criterio al supuesto de concesión de retribución por encima del límite fijado en aquellos.” Y también destacamos el voto particular emitido por el Magistrado MONTERO FERNÁNDEZ, J.A., en discrepancia con el tratamiento jurídico que se le otorga a las retribuciones del Consejero Delegado, en los términos en los que se pronunció en el voto particular dictado en la STS de 5 de febrero de 2015.

c) Reflexiones personales.

Resulta curioso que en el caso que admitiéramos la teoría de la liberalidad o de la legalidad para considerar la deducción en el IS de las remuneraciones abonadas a los administradores no se produzca un problema de doble imposición. Dicho de otra forma, si las remuneraciones satisfechas no son deducibles en el IS y tributan en el IRPF del perceptor (administrador) entendemos que estamos ante un supuesto de doble imposición, afirmación que el TS no comparte; la misma retribución tributa en el IS como gasto no deducible y en el IRPF como remuneración percibida. En este sentido, el TS estima que la remuneración no es un gasto deducible en el IS y no existe impedimento alguno para que los ingresos recibidos por el administrador tributen como rendimiento del trabajo en el IRPF⁵⁴⁴.

En relación con lo anterior, y haciendo constar nuestro rechazo al criterio del TS, si las remuneraciones pagadas no tienen previsión estatutaria y, entonces, no serán fiscalmente deducibles por incumplimiento con la normativa mercantil, entendemos que ello comportaría la restitución por parte del administrador de las remuneraciones percibidas (y, por extensión, la solicitud de ingresos indebidos por el IRPF) porque de lo contrario tenemos un problema de doble imposición, como hemos comentado *supra*⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Véanse, entre otras, las SSTs de 9 de febrero de 2012 (FJ 5º); de 6 de mayo de 2013 (FJ 3º); de 30 de mayo de 2013 (FJ 3º) y de 26 de septiembre de 2013 (FJ 4º). También, establece el mismo parecer el TEAC, para unificación de criterio, en resolución de 6 de febrero de 2014 y recogido, asimismo, en la Nota núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012, del Departamento de Gestión Tributaria, de modo que la calificación como rendimiento del trabajo de las remuneraciones percibidas por los administradores es independiente de que sean o no deducibles en el IS. Apuntamos nuestra disconformidad con este criterio.

En la misma línea de pensamiento, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 26 y 27. El autor considera que estamos ante un supuesto de sobreimposición económica, ya que la misma renta (remuneración) tributa en el IS, al ser gasto no deducible, y en el IRPF, como renta del administrador. En consecuencia, la califica de renta asimétrica, por no corresponder a una relación ingreso-gasto tributario.

⁵⁴⁵ Coincidimos con MARÍN BENÍTEZ, G.: *“Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...”*, ob. cit. p. 25, que la restitución de un gasto ilícito (remuneración a los administradores en contra de lo previsto en los estatutos sociales) no responde sólo a las normas mercantiles que requieren previsión estatutaria. También, prosigue la autora, hay que tener presente la voluntad social a la remuneración acordada (devida o indebidamente) y el principio de justicia (art. 1 de la CE) a una contraprestación por los servicios del administrador que compensen la dedicación y responsabilidad en su trabajo. Y añade que, en el ámbito tributario, tenemos la norma de valoración a mercado entre partes vinculadas aplicable a los administradores con lo que, “ni podría ser objeto de deducción la remuneración pagada en exceso de estándares de mercado, ni podría negarse la deducción de la remuneración dejada de pagar en defecto de dicho estándar.” En idéntico sentido, FALCÓN Y TELLA, R.: *“Nota a las SSTs 13 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”*, en Revista Quincena Fiscal, núm. 4, Ed.

En consecuencia, según nuestro parecer, podemos encontrarnos con dos situaciones dadas:

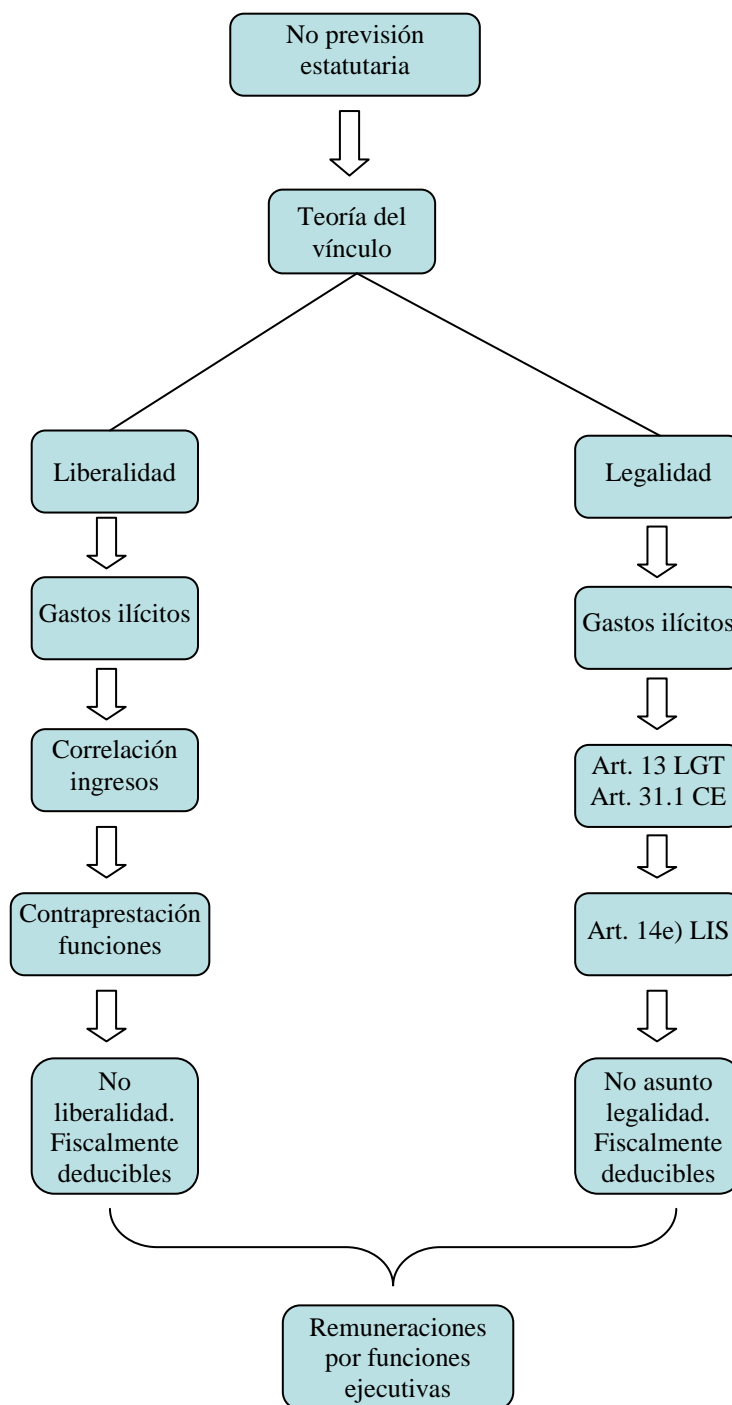
- La primera, que es la que defendemos, las remuneraciones sin previsión estatutaria se aceptan como gasto fiscalmente deducible en el IS y, por tanto, el administrador tributa por lo percibido en el IRPF, en particular por las funciones ejecutivas que han sido remuneradas al margen de los estatutos sociales.
- Y la segunda, no se admite la deducibilidad en el IS de aquellas remuneraciones por ser un pago ilícito (falta la cobertura estatutaria) y sí tributan en el IRPF (para el receptor) generándose una situación de doble imposición.

A modo de conclusión, los requisitos de deducibilidad de las remuneraciones en el IS pasan primero por ser gasto contable para así deducirse como gasto fiscal. La admisión como tal no debe relacionarse con las normas mercantiles que dictan el régimen de las remuneraciones de los administradores ya que éstas no mencionan nada al respecto. Y, en todo caso, cualquier incumplimiento de aquellas sería un inconveniente en el orden mercantil por la falta de previsión estatutaria pero que carece de implicación fiscal. Más aún cuando de acuerdo con el principio de calificación tributaria (art. 13 de la LGT) se exige sujetar a tributación los actos o negocios que realicen los obligados tributarios “prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”. Abogamos, pues, por la deducción fiscal en el IS de las remuneraciones satisfechas a los administradores que no tengan cobertura en los estatutos sociales, siempre y cuando cumplan con lo establecido en la norma fiscal y no se vean limitadas, corregidas o excluidas por ésta.

Seguidamente presentamos el esquema que sintetiza la concepción de la liberalidad o legalidad de las remuneraciones satisfechas a los administradores cuando los estatutos sociales no las previenen:

Aranzadi, 2009, pp. 7 a 10; GARCÍA NOVOA, C.: “*La deducibilidad de las retribuciones...*”, ob. cit. pp. 57 a 94; y CAAMAÑO ANIDO, M.: “*La reducción del 95 (o del 99)...*”, ob. cit. pp. 15 a 28.

No obstante, sobre las normas de valoración de la remuneración entre partes vinculadas, estamos de acuerdo al menos hasta el 31 de diciembre de 2014, pues con la LIS de 2015, el art. 18.2 b) excluye expresamente como supuesto de vinculación las operaciones efectuadas por una sociedad y sus consejeros o administradores en lo referente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.



Esquema 8: La liberalidad o legalidad de las remuneraciones en la teoría del vínculo.

Fuente: elaboración propia.

Desde este punto de vista, la teoría del vínculo que en el ámbito tributario exige la previsión estatutaria de las remuneraciones debe suavizarse. Esto es, las remuneraciones determinadas en los estatutos sociales no alcanzan discusión alguna en su deducibilidad

fiscal, aunque no cumplan con todos los requisitos mercantiles que obliga el TS (por ejemplo, el *quantum* de la remuneración o teoría del milímetro)⁵⁴⁶. Por su parte, la falta de cobertura estatutaria de las remuneraciones satisfechas no tiene trascendencia fiscal, a pesar del carácter de legalidad o liberalidad que el TS quiere imponerles por incumplimiento con el ordenamiento mercantil, como hemos comprobado; y, en particular, las remuneraciones por las funciones ejecutivas de los administradores que quedan fuera de previsión en los estatutos sociales⁵⁴⁷.

Y esta es la situación fiscal de la deducibilidad de las remuneraciones de los administradores como gasto en el IS que nos encontramos a 31 de diciembre de 2014. Posteriormente, la LIS de 2015⁵⁴⁸ parece cerrar la polémica en relación al IS y su deducibilidad por incumplimiento con el orden mercantil, con claridad meridiana y acierto en la redacción del art. 15, sobre los gastos fiscalmente no deducibles, que en su letra e) recoge a los donativos y liberalidades, de modo que no se entenderán comprendidos aquí “las retribuciones a los administradores por el desempeño de

⁵⁴⁶ Recordemos que los cambios legislativos de la LSC de 2010 y, sobretodo, de 2014 aclaran que la certeza (aspecto cuantitativo del ámbito objetivo de la remuneración) queda al margen de cualquier previsión estatutaria en el orden mercantil, véase el apartado 6.2.2; mientras que, en el entorno fiscal, no admite dudas la deducibilidad de las remuneraciones siempre que haya previsión estatutaria del sistema de remuneración (aspecto cualitativo), aunque no cumplan con la certeza exigida, lo comprobaremos con mayor detalle en la sección siguiente 7.2.3.

⁵⁴⁷ Las funciones ejecutivas quedan fuera del régimen de las remuneraciones de los administradores en su condición de tales (funciones no ejecutivas) y defendemos que las remuneraciones satisfechas por aquellas funciones no requieren de requisitos mercantiles para su deducción fiscal en el IS. Al respecto, véanse las CV núm. V2394-12 de 12 de diciembre de 2012; y núm. V0351-13 de 7 de febrero de 2013, dónde la remuneración a los administradores por la prestación de servicios distintos de los propios de su condición de tales son fiscalmente deducibles, siempre que se cumplan con los requisitos de inscripción contable, imputación al período impositivo del devengo, correlación de ingresos y justificación documental, y además que no tenga la consideración de gasto fiscalmente no deducible por aplicación de algún precepto específico establecido en la LIS de 2004. Igualmente, la DGT en CV núm. V0356-13, de 7 de febrero de 2013, interpreta que las cantidades pagadas como contraprestación por labores de alta dirección, en el caso de que el cargo de administrador no constara en los estatutos sociales como remunerado, no tiene la consideración de gasto deducible. No obstante, “las retribuciones que perciba el socio administrador, como contraprestación por las labores ordinarias desarrolladas en cumplimiento del objeto social de la consultante que no se encuadren en lo anteriormente señalado, tendrán la consideración de gasto fiscalmente deducible, siempre que cumplan los requisitos legalmente establecidos en términos de inscripción contable, devengo, correlación de ingresos y gastos y justificación”; y en la CV núm. V1027-14, de 10 de abril de 2014, se reconoce que en el caso de percibir un administrador una remuneración establecida estatutariamente por el desempeño de su cargo, ésta constituye un gasto fiscalmente deducible “en la medida en que el sistema de retribución recogido en los estatutos de la consultante se adecue a lo dispuesto en el art. 217 de la LSC de 2014”. Además, si recibe una remuneración adicional por la realización de funciones de alta dirección “en la medida en que el sumatorio de las retribuciones pactadas, tanto por las labores de administrador como de alta dirección, no supere la cuantía fija acordada anualmente por la junta general, el gasto correspondiente a ambas tendrá la consideración de fiscalmente deducible.”

⁵⁴⁸ La LIS de 2015 entró en vigor el 1 de enero de 2015 y, con carácter general, se aplica a los períodos impositivos iniciados a partir de esa fecha.

funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad (sociedad)”⁵⁴⁹. En consecuencia, deducimos que las remuneraciones pagadas a los administradores por sus funciones ejecutivas serán gasto fiscalmente deducible y no tienen que constar en los estatutos sociales. Y dada la posición que defendemos sobre la deducibilidad fiscal de las remuneraciones al margen del orden mercantil, nos congratulamos del cambio de la norma fiscal en esta materia. *Ergo*, quedaría superada la teoría del vínculo, circunstancia que ya hemos advertido que merece cuanto menos una revisión.

No obstante, criticamos que la LIS de 2015 no deje aclarado si incumbe a todos los modos de organizar la administración de la sociedad o sólo a los órganos colegiados (consejo de administración), dónde expresamente se pueden separar por delegación las funciones ejecutivas de las no ejecutivas. Lo que no significa que no se deba permitir y diferenciar entre las dos funciones que se engloban en el cargo de administrador. Abogamos por la supresión de la equivalencia de funciones que proclama la teoría del vínculo y las consecuencias fiscales que comportan las remuneraciones satisfechas a los administradores en la deducibilidad en el IS.

A continuación, desarrollemos el requisito de certeza que exige el TS para la deducibilidad de las remuneraciones en el IS y que habíamos dejado en el inicio.

7.2.3.- La certeza estatutaria de la remuneración como requisito.

Recordemos que la remuneración de los administradores establece como regla general la gratuidad del cargo, salvo que los estatutos sociales determinen el sistema de remuneración (art. 217 de la LSC de 2014). Los estatutos sociales deben expresar de forma clara y precisa el sistema de remuneración, que puede ser, entre otros, una

⁵⁴⁹ La nueva redacción del art. 15 de la LIS de 2015, sobre gastos no deducibles, recoge el anterior art. 14 de la LIS de 2004 y, en particular, su apartado e) no considera gasto fiscalmente deducible los donativos y liberalidades, aunque conserva el principio de correlación con los ingresos para evitar ser liberalidad y, por tanto, gasto deducible; sin embargo, precisa afortunadamente que tampoco se entenderán comprendidas las remuneraciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la sociedad. En el apartado 7.3. nos dedicaremos a la afectación que la LIS de 2015 ha tenido en la doctrina del vínculo.

remuneración determinada o una participación en beneficios o vinculada a las acciones de la sociedad⁵⁵⁰.

Por su parte, en el apartado anterior 7.2.2. hemos desarrollado los requisitos de deducibilidad como gasto en el IS para las remuneraciones satisfechas a los administradores, a lo que el TS añade las exigencias del orden mercantil: la previsión estatutaria y su certeza⁵⁵¹. Analizado el requisito de cobertura estatutaria para el caso de las remuneraciones pagadas sin tal previsión o gratuidad del cargo, entendemos que ésta no es necesaria al menos en lo que respecta a la remuneración por las funciones ejecutivas para su deducibilidad fiscal, centrémonos en la constancia cierta (*quantum*) de la remuneración cuando los estatutos de la sociedad previenen que el cargo de administrador es remunerado (el aspecto cuantitativo o teoría del milímetro).

Según las ya citadas SSTS de 13 de noviembre de 2008 la remuneración de los administradores debe constar de forma cierta en los estatutos sociales. De conformidad con ellas, la sociedad no puede deducir del IS las remuneraciones que perciban los administradores, excepto que coincidan con las establecidas con certeza en los estatutos sociales. Es decir, los pronunciamientos judiciales presuponen que la remuneración de los administradores será deducible como gasto fiscal si está fijada en los estatutos de la sociedad y éstos precisan el concreto sistema de remuneración⁵⁵². No es suficiente, entonces, con la mera previsión estatutaria del sistema de remuneración, con la posibilidad de varios sistemas retributivos o con la determinación de un límite máximo en la cantidad a remunerar.

El TS no cuestiona la necesidad de la previsión estatutaria de las remuneraciones para que puedan ser fiscalmente deducibles, sino que además entiende que han de

⁵⁵⁰ Véase al respecto el apartado 6.5 sobre los sistemas de remuneración.

⁵⁵¹ Aludimos una vez más a las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), que dieron origen a la doctrina del vínculo en el ámbito tributario.

⁵⁵² En este sentido, las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 se refieren no sólo al aspecto cualitativo (la modalidad y los conceptos que la integran) de la remuneración que gozará de reserva estatutaria, sino al aspecto cuantitativo (la concreción del importe) de la misma que también tendrá que constar en los estatutos sociales de la sociedad. En la misma línea, véanse las SSTS de 21 de abril de 2005 (FJ 3º) que advierte que los estatutos “han de precisar el concreto sistema retributivo”, de manera que no es suficiente prever “varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento”; de 12 de enero de 2007 (FJ 3º); y de 6 de febrero de 2008 (FJ 3º).

constar con certeza (efectivamente fijadas, en palabras del Alto Tribunal)⁵⁵³. El principal efecto fiscal de su incumplimiento será la no deducción como gasto, consecuencia que no compartimos como explicaremos.

Como bien apunta, en sentido crítico, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, la existencia de certeza, que se proclama en las referidas resoluciones judiciales, exige que el sistema de remuneración establecido en los estatutos sociales atienda los siguientes requisitos⁵⁵⁴:

- Si es variable, se concrete en una participación en beneficios, no siendo suficiente fijar un límite o porcentaje máximo.
- Si es fijo, se ha de prever el *quantum* o los criterios para determinar su cuantía sin margen de discrecionalidad.

Lo que se pretende, pues, es el establecimiento de un requisito de certeza absoluta en los estatutos sociales para que las remuneraciones sean fiscalmente deducibles. Este planteamiento lo ha denominado, muy acertadamente, PAZ-ARES como la “doctrina del milímetro”⁵⁵⁵ (corolario de la teoría del vínculo), se requiere previsión estatutaria del sistema de remuneración y de la cuantificación exacta y concreta (milimétrica) de su importe. Esto es, si los estatutos sociales expresan un sistema variable de participación en los beneficios de la sociedad, aclara la STS de 13 de noviembre de 2008 (FJ 10º) que “no basta con la fijación de un límite máximo de esa participación, sino que el porcentaje debe estar perfectamente determinado en los estatutos”. Para el caso de retribución fija, estima el TS que, “para que pueda sostenerse que los estatutos sociales establecen la retribución de los administradores con certeza, cuando (...) ésta consista en una asignación de carácter fijo, no basta con que se prevea la existencia y

⁵⁵³ A diferencia de lo desarrollado en el punto anterior 7.2.2., dónde lo determinante era la deducibilidad fiscal cuando no había previsión estatutaria de las remuneraciones satisfechas a los administradores (teoría de la liberalidad o legalidad), ahora nos ocupamos de la necesidad de certeza de aquellas cuando sí que hay cobertura en los estatutos sociales.

⁵⁵⁴ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 14. El autor califica las repercusiones de las SSTS (o caso Mahou) como devastadoras, opinión que compartimos.

⁵⁵⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *“Ad impossibilia nemo tenetur...”*, ob.cit. p. 6. El autor denuncia la delimitación del ámbito objetivo de la remuneración y el alcance de la reserva estatutaria sobre la base de distinguir sus dos aspectos: cualitativo y cuantitativo. Y critica que el TS acepte la validez de las remuneraciones que estén fijadas “al céntimo” en los estatutos sociales. De este modo, al declarar la concreción en los estatutos sociales de la modalidad de retribución y el importe de la misma, no deja margen a la junta general o al órgano de administración para la intervención. De ahí, el nombre de la “doctrina del milímetro” por “no dejar ni ese espacio para la intervención de otras instancias (órganos societarios) en la cuantificación de la retribución”. Este análisis crítico del autor lo secundamos en su integridad.

obligatoriedad de la misma, sino que, además, es preciso que en todo caso los estatutos prevean el *quantum* de la remuneración o, al menos, los criterios que permitan determinar perfectamente, sin ningún margen de discrecionalidad, su cuantía. Es evidente que sólo de este modo puede afirmarse que la retribución satisfecha a los administradores (...) viene exigida por los estatutos” (FJ 10º).

Sin embargo, discrepamos totalmente de tales criterios o requisitos, ya hemos explicado que los cambios legislativos respecto de las normas mercantiles y fiscales enjuiciadas en las citadas sentencias han sido recogidos (LSC de 2010 y LIS de 1995) e invitan a una reformulación de la doctrina jurisprudencial en este sentido⁵⁵⁶. Además, las exigencias estatutarias (cualitativas y cuantitativas) de la remuneración que proclama el TS son de difícil aplicación en la realidad societaria. La remuneración de los administradores en el mundo real (empresarial) está sujeta a innumerables fórmulas, incentivos y estrategias que mandan en los planteamientos salariales y en la búsqueda de motivar e interesar mayores rendimientos de las personas que rigen la sociedad y, por ende, de sus socios.

Para PAZ-ARES (y coincidimos con él) existe inconsistencia de la doctrina pronunciada por el TS con las exigencias de la razón práctica, sobretudo con las sociedades de mayor tamaño y complejidad. Así, razona las diferentes características de las remuneraciones que hacen inviable poder cumplir con la determinación de la misma con certeza en los estatutos sociales. Según el autor, la remuneración tiene el carácter de compleja, de cambiante, de específica, de negociada y de estratégica. Por todo ello,

⁵⁵⁶ Consúltense los apartados 6.1. sobre la evolución legislativa mercantil y el 7.1.1., sobre la fiscal. Asimismo, el fundamento de las dos SSTs de 13 de noviembre de 2008 contradice la doctrina de la DGRN. Véanse al respecto, resoluciones de la DGRN de 26 de julio de 1991; de 4 de octubre de 1991; de 17 de febrero de 1992; de 15 de abril de 2000; de 19 de marzo de 2001; y de 12 de noviembre de 2003.

Antes de la irrupción de la doctrina del vínculo en el ámbito fiscal era bastante frecuente que los estatutos de la sociedad reflejaran el carácter gratuito del cargo de administrador y la posibilidad de prever que éstos, o cualquier otra persona, pudieran realizar funciones diferentes a las que les compete legalmente (por ejemplo, Director o Gerente). En esos casos, el importe a satisfacer en concepto de rendimiento del trabajo y el alcance de las funciones a desarrollar será establecido anualmente por la junta general. En la misma línea de pensamiento, MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. p. 17. La autora señala que “la contrariedad a Derecho de las retribuciones pagadas a los consejeros ejecutivos sin cobertura estatutaria solo en circunstancias muy específicas ha resultado conflictiva en la práctica de nuestras empresas (...) y que, si bien la posición prevalente en nuestra jurisprudencia es que la reserva estatutaria establecida para la remuneración de los administradores afecta también a la de los consejeros ejecutivos, esta posición no es unánime en la doctrina”.

considera que “un acertado diseño de los esquemas de remuneración se revela, así pues, crucial para la productividad de toda la organización (societaria)”⁵⁵⁷.

Por su parte, RUIZ HIDALGO apunta que el administrador adquiere el derecho a percibir la remuneración de los estatutos sociales y la junta general, en todo caso, aprobará el sistema de remuneración así determinado⁵⁵⁸. Es decir, los estatutos sociales deben expresar la existencia de la remuneración y la modalidad o sistema de ésta. De esta manera, se consigue una coordinación entre el interés de los administradores (económico) con el de los socios (dividendos).

Además, se ha venido argumentando en el capítulo anterior del presente trabajo cómo el aspecto cuantitativo (importe o *quantum*) del ámbito objetivo de la remuneración queda fuera del alcance de la reserva estatutaria, limitándose ésta sólo al aspecto cualitativo (modalidad del sistema de remuneración), de acuerdo al contenido del art. 217 de la LSC de 2014⁵⁵⁹.

Si acudimos a la normativa fiscal, las conclusiones de las referidas SSTs de 13 de noviembre de 2008 tampoco pueden ser aceptadas. Como ya hemos mencionado anteriormente, la regulación fiscal en la que se fundamenta estaba ya derogada (LIS de 1978). En concreto, se trata de la deducción fiscal de la remuneración de los administradores sujeta a la normativa del IS anterior a la vigente (por aquel entonces) LIS de 1995. Esta norma, ya no contiene el mismo criterio para considerar las remuneraciones como gastos deducibles, simplemente no hace mención alguna al precepto anterior (art.13 ñ) de la LIS de 1978). La posterior LIS de 2004 recoge la anterior de 1995 y trata los gastos deducibles desde ese mismo punto de vista diferente,

⁵⁵⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “*Ad impossibilia nemo tenetur...*”, ob.cit. pp. 12 y 13. De la misma opinión, MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. pp.18 y 19, que censura la interpretación que las Sentencias del caso Mahou hacen de la reserva estatutaria que contiene la norma mercantil y comenta que “regular en los estatutos con el detalle exigido por la Sala Tercera del TS cada uno de los elementos que componen el paquete retributivo de esos primeros ejecutivos es imposible, además de poco recomendable en términos de estrategia empresarial”; y RONCERO SÁNCHEZ A.: “*Comentarios a las SSTs de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores: Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una SA*”, Revista de derecho de sociedades, núm. 32, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 79 a 98, muy crítico con las resoluciones del Alto tribunal.

⁵⁵⁸ RUIZ HIDALGO, C.: “*La retribución de los administradores...*”, ob. cit., p. 55. Asimismo, la STS de 19 de febrero de 2001 (FJ 3º) y la resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002.

⁵⁵⁹ Véase el ap. 6.2.2. sobre el ámbito objetivo de la remuneración de los administradores. La nueva redacción del art. 217 de la LSC de 2014 clarifica, más aún si cabe, la limitación de la previsión estatutaria al aspecto cualitativo de la remuneración.

es decir, no regula previsión alguna sobre la remuneración de los administradores. No obstante, se excluye la deducibilidad fiscal como gasto de los donativos y liberalidades, entre otros (art. 14 de la LIS de 2004). En este sentido, para la determinación de la base imponible del IS se remite al resultado contable y a los gastos que así disponga la normativa contable. *Ergo*, no se contempla el requisito de certeza absoluta en los estatutos sociales para que las remuneraciones sean fiscalmente deducibles⁵⁶⁰.

La doctrina administrativa del TEAC⁵⁶¹ resuelve que la actual normativa fiscal (LIS de 2004) no limita la deducibilidad de la retribución de los administradores, en ningún precepto. Así, señala que “la Ley (IS) 43/1995 no dedica ninguna norma específica a las retribuciones de los administradores sociales, frente a lo que hacía la derogada Ley 61/1978. Y es importante poner de relieve que esto supone una absoluta novedad en la consideración o no como gasto deducible a efectos del impuesto (IS) de las retribuciones de los administradores.” En definitiva, sostiene el TEAC que, no habiendo requisito especial alguno, la deducibilidad fiscal en el IS de las remuneraciones de los administradores exigirá⁵⁶²:

- La constancia en los estatutos sociales de las remuneraciones.
- La contabilización y registro como gasto de las remuneraciones.
- La necesidad de esos gastos deducibles para la obtención de los ingresos.

Como apreciamos, tradicionalmente, la doctrina administrativa del TEAC ha considerado que si la remuneración de los administradores no cumple con los requisitos

⁵⁶⁰ El art. 13 letra ñ) de la LIS de 1978, mencionaba la partida deducible de las remuneraciones mediante participación en beneficios con reserva estatutaria y limitado legalmente. En cambio, la LIS de 1995 dispone un criterio totalmente diferente para la deducibilidad de los gastos en el IS. Si bien, en su art. 14 enumera en dos apartados los gastos no deducibles y los deducibles, nada contempla respecto al precepto anterior. El texto refundido de la LIS de 2004, recoge la LIS de 1995 y en su art. 10 regula el concepto y la determinación de la base imponible del IS. De esta forma, la base imponible (identificada con el resultado contable) se corrige con los ajustes de la propia LIS de 2004 y se remite al CCom. y a “las demás Leyes relativas a dicha determinación y (...) las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas”, refiriéndose a lo que disponga la normativa contable. En concreto, la LIS de 2004 está remitiendo al PGC de 2008 y al PGC de pymes, a las normas internacionales de contabilidad, a las resoluciones del ICAC, al CCom y a la LSC de 2014 (Título VII las cuentas anuales, arts. 253 a 284).

⁵⁶¹ Véase las resoluciones del TEAC de 14 de septiembre y 11 de octubre de 2006 y de 18 de diciembre de 2008.

⁵⁶² En el mismo sentido se pronuncia la DGT señalando que “en la medida en que la retribución de los administradores (...) se fije en los estatutos y se satisfaga de acuerdo con lo que en el mismo se disponga, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el art. 130 de la LSA (actual 217 de la LSC), tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible para la determinación de la base imponible del IS” (consulta tributaria núm. 0941-97 de 6 de mayo de 1997). También, la DGT en consulta tributaria núm. 0034-05 de 1 de febrero de 2005.

de la normativa mercantil (LSA, LSRL y LSC de 2010), entonces tendrán la consideración de liberalidad y, esto es, no serán gasto deducible en el IS.

Frente a ello, la DGT, con buen criterio a nuestro entender, en el informe de 12 de marzo de 2009⁵⁶³, pone en duda la calificación de liberalidad de las remuneraciones que no cumplen con las exigencias mercantiles e interpreta con la normativa fiscal (LIS de 2004), concluyendo que “los gastos representativos de las retribuciones satisfechas a los administradores de sociedades mercantiles tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en la determinación de la base imponible del IS, de acuerdo con la normativa vigente (LIS de 2004), 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”. Por lo tanto, mencionemos que la DGT condiciona la deducibilidad de la remuneración de los administradores en el IS a los siguientes requisitos:

- Los estatutos sociales recojan el carácter remunerado del cargo de administrador, aunque no se cumplan los requisitos de certeza.
- La remuneración como gasto esté contabilizada (gasto contable) y registrada en la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) de la sociedad.
- La remuneración no represente una liberalidad⁵⁶⁴.

Además, sostiene que mientras la LIS de 2004 no regule específicamente algún criterio sobre las condiciones que debe cumplir la remuneración de los administradores a los efectos de ser considerada como gasto fiscal, será deducible en el IS tal remuneración.

⁵⁶³ Recordemos que, como consecuencia de las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008, sobre la no deducibilidad fiscal como gasto de la remuneración de los administradores en períodos impositivos en los que estaba vigente la LIS de 1978, la DGT analiza la remuneración de los administradores de sociedades mercantiles como gasto deducible en el marco normativo de la LIS de 2004.

⁵⁶⁴ Recapitulando, el art. 14 letra e) de la LIS de 2004, cuando regula los gastos no deducibles, determina que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles “los donativos y liberalidades. No se entenderán comprendidos en este párrafo e) los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos.” Consúltese también el apartado 7.2.2. sobre el planteamiento del TS en la calificación de liberalidad de las remuneraciones.

Así pues, los efectos del TS sobre la pretendida certeza de la remuneración de los administradores en los estatutos sociales, como requisito para su deducción como gasto en el IS, quedan minimizados por la AEAT. Es decir, la deducibilidad de la remuneración se supedita a la mera previsión estatutaria del sistema de remuneración y sin exigencias de certeza, como persigue el TS.

No obstante, el informe de la DGT no termina de manera definitiva con la controversia. Es decir, nos preguntamos si las remuneraciones de los administradores a los efectos de gasto en el IS, en conformidad con los requisitos fiscales, serán deducibles con independencia de los de la normativa mercantil o, en cambio, se va exigir el cumplimiento de alguno de ellos. Lo cierto es que la jurisprudencia continua siendo contradictoria en sus pronunciamientos⁵⁶⁵.

Consiguientemente, criticamos que el citado informe de la DGT nada diga al respecto de las consecuencias fiscales de la teoría del vínculo y sólo se remita a las de la certeza del sistema de remuneración en los estatutos sociales (teoría del milímetro)⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ En la línea de la DGT, más flexible sobre la deducibilidad del gasto de las retribuciones de los administradores, las SSTSJ de Aragón de 24 de marzo de 2010 (FJ 4º); de Asturias de 21 de junio de 2010 (FJ 3º); y de Galicia de 13 de mayo de 2011 (FJ 2º). También, véase las resoluciones del TEAC de 5 de octubre de 2010 y de 26 de junio de 2012.

En sentido contrario, siguiendo la doctrina del TS, las SSTS de 11 de marzo de 2010 (FFJJ 5º y 6º); y de 17 de mayo de 2010 (FJ 4º). También, en las SSAN de 13 de abril de 2009 (FJ 6º); de 23 de febrero de 2011 (FJ 11º); y de 16 de febrero de 2012 (FFJJ 2º, 5º y 7º). En la doctrina administrativa, la resolución del TEAC de 9 de junio de 2009.

⁵⁶⁶ La DGT señala el cambio significativo del concepto de gasto “obligatorio” y “necesario” de la LIS de 1978 por el de “gasto contable” y, por ende, gasto deducible de la LIS de 1995. Es más, apunta el cambio de escenario que se produce, del cumplimiento exhaustivo de la normativa mercantil a la no referencia especial alguna para la deducción de las remuneraciones de los administradores. Cabe recordar que las SSTS de 13 de noviembre de 2008 se referían a la LIS de 1978, cuestión que invita a una reflexión con el cambio de panorama.

Sin embargo, la DGT presupone el carácter remunerado en los estatutos sociales del cargo de administrador, obviando la realidad societaria más frecuente. La mayoría de los estatutos sociales reflejan el carácter gratuito del cargo y se retribuyen las funciones de alta dirección, que coinciden en la misma persona que ejerce de administrador. Al respecto, opina acertadamente MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. p. 20, que “parece desprenderse del informe que queda fuera de su objeto el análisis de la deducibilidad de retribuciones a administradores que carezcan totalmente de cobertura estatutaria”.

Por su parte, la SAN de 2 de diciembre de 2010 (FJ 4º) ha señalado que las consideraciones recogidas en el informe de la DGT no resultan trasladables a los casos en que “no se pretende la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los miembros del consejo de administración de las sociedades que se cita por su condición de tales, sino que se pretende la deducibilidad como gasto de personal de las percepciones satisfechas por las funciones ejecutivas prestadas por los perceptores cuya relación es de naturaleza laboral, cuestión ésta que debe ser rechazada en base a la doctrina expuesta por el TS”; de igual criterio, la SAN de 23 de febrero de 2011 (FJ 11º); y la STS de 26 de septiembre de 2013 (FJ 4º) recuerda que la denominada flexibilización de la LIS de 1995, en relación con su predecesora de 1978, en cuanto a la naturaleza necesaria del gasto, invocando al informe de la DGT de 12 de marzo de

Partiendo de la hipótesis de que los estatutos contienen el carácter remunerado del cargo, se centra en el ámbito objetivo (aspectos cualitativo y cuantitativo) de la remuneración de los administradores y sus efectos fiscales, sin mención alguna al ámbito subjetivo, es decir, a qué administradores (ejecutivos y no ejecutivos) afecta. Tal circunstancia motivó la falta de seguridad en la deducibilidad fiscal de los gastos por las remuneraciones de los administradores (y contabilizados) si no existía cobertura estatutaria. Pero es claro que, del informe de la DGT, se concluye que la remuneración será deducible si existe reserva estatutaria (ámbito objetivo), además de contener la modalidad (sistema) de remuneración (aspecto cualitativo) y no la certeza de su importe (aspecto cuantitativo); o, como apunta la propia DGT, aunque no se cumplieran exactamente con todos y cada uno de los requisitos que determina el orden mercantil y, más aún, no constituyendo liberalidad alguna por corresponderse con la obtención de ingresos.

Confirmamos que, en todo caso, la previsión estatutaria con absoluta certeza de la remuneración de los administradores para que sea gasto deducible en el IS a que se refiere el TS, debe entenderse limitada a los supuestos que correspondan bajo la vigencia de la LIS de 1978. Por el contrario, bajo la LIS de 1995 (o la actual) la remuneración que figure en los estatutos sociales será fiscalmente deducible si está contabilizada como gasto.

Y la LSC de 2010 (y de 2014) no contradice las conclusiones de la DGT. Así, las remuneraciones de los administradores serán fiscalmente deducibles en la medida en que dichas remuneraciones se expresen según lo dispuesto en la LSC⁵⁶⁷. Es decir, la remuneración, para que sea deducible, ha de estar prevista en los estatutos de la sociedad y con el concreto sistema de remuneración determinado, sin exigencia de la certeza en cuanto a su cuantificación⁵⁶⁸.

2009, es errónea, “pues ésta última parte de que los estatutos sociales establezcan el carácter remunerado del cargo”. Como excepción, la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2011 (FJ 2º) que estima la deducibilidad de las remuneraciones pagadas a un administrador con funciones ejecutivas apelando al referido informe de la DGT, aún sin reserva estatutaria, dada la estructura estrictamente familiar de la mercantil en cuestión.

⁵⁶⁷ Las remuneraciones de los administradores societarios debe cumplir las exigencias de la LSC de 2010 (y de 2014) y, en particular, lo dispuesto en los arts. 217, 218 y 219 de la misma.

⁵⁶⁸ Resulta de gran interés la STSJ de Asturias de 21 de junio de 2010 (FJ 3º), dónde la retribución de los administradores como gasto deducible en el IS se apoya en la doctrina de la DGT, si bien no se cumplen “de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil”. Por lo que, la remuneración prevista en los estatutos sociales tendrá la

De cuanto antecede podemos afirmar que damos por superada la teoría del milímetro (y su certeza de la remuneración en los estatutos sociales), o al menos el alcance de la reserva estatutaria en su ámbito objetivo que sólo hace referencia al determinado sistema de remuneración (aspecto cualitativo) y no al *quantum* de ésta. Asimismo añadimos que la citada teoría no tiene cabida en el orden tributario como consecuencia de partir del concepto de gasto contable corregido para llegar al de gasto fiscal y no existiendo ningún precepto que limite la deducibilidad fiscal de las remuneraciones, por lo que, serán deducibles como gasto en el IS. En cualquier caso, cualquier incumplimiento de alguna (o algunas) de las condiciones que se exigen en el orden mercantil no tendría consecuencia fiscal⁵⁶⁹.

Finalmente, como ya hemos apuntado, la LIS de 2015 aporta mayor claridad a la cuestión debatida con un nuevo texto sobre los gastos fiscalmente no deducibles (en su art. 15 e)) y no habiendo limitación a la admisión fiscal de las remuneraciones en el IS. Precisamente el próximo apartado lo dedicaremos exclusivamente a los efectos fiscales de la doctrina del vínculo tras la entrada en vigor de la LIS de 2015.

7.3.- LA LIS DE 2015 Y LA DOCTRINA DEL VÍNCULO.

Básicamente el problema al que se enfrenta las sociedades en materia de remuneraciones a los administradores y su deducibilidad fiscal es precisamente por la presunción de gratuidad del cargo. El tratamiento fiscal desfavorable de las cantidades abonadas al margen de cualquier previsión estatutaria al considerarlas el TS como una liberalidad o una mera cuestión de legalidad ha redundado en un gasto no deducible fiscalmente en el IS, por contrarias o no conformes con el ordenamiento mercantil, incluidas las remuneraciones pagadas por las funciones ejecutivas o de alta dirección. El

consideración de gasto fiscalmente deducible “de acuerdo con la regulación que le es aplicable (LIS de 1995)”, en la medida en que “están correlacionados con los ingresos y no tengan la consideración de liberalidad, y (...) representan un gasto contable, están registrados en los resultados de la sociedad, (...) y el texto normativo aplicable no establece particularidad específica alguna sobre las condiciones que deben cumplir estos gastos contables”.

⁵⁶⁹ La argumentación que defendemos en el apartado 7.2.2. para la calificación de las remuneraciones como liberalidad o como cuestión de legalidad en el supuesto de que no haya reserva estatutaria para aquellas que plantea el TS, nos sirve también para motivar la no exigencia de certeza cuando hay previsión estatutaria de las remuneraciones. La infracción de normas en el orden no fiscal en nada debe surgir efectos tributarios si se cumple con la regulación fiscal.

TS determinó que serán fiscalmente deducibles las remuneraciones satisfechas a los administradores siempre que haya constancia en los estatutos sociales y con certeza (doctrina del vínculo); y la AEAT empezó recoger tales criterios⁵⁷⁰.

Pues bien, una vez estudiada la evolución de la doctrina del vínculo y su afectación en el IS en tiempos de la LIS de 1978, de 1995 e incluso de la LIS de 2004 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2014), en este apartado abordaremos como queda la situación desde la entrada en vigor de la LIS de 2015 que deroga la última anteriormente citada⁵⁷¹ y más aún después de la LSC de 2014 y su modificación en el régimen de remuneraciones de los administradores⁵⁷².

Recordemos que la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del TS⁵⁷³ dedujo que las remuneraciones de los administradores deben constar en los estatutos sociales y con certeza (ámbito objetivo de la remuneración). Por su parte, la Sala Primera⁵⁷⁴ (de lo Civil) del TS, con apoyo en la teoría del vínculo determinada por la Sala Cuarta⁵⁷⁵ (de lo Social), sostiene que la reserva estatutaria de las remuneraciones es exigible para todos los administradores o miembros del órgano de administración, inclusive para retribuir las funciones ejecutivas o de alta dirección (ámbito subjetivo de la remuneración).

⁵⁷⁰ Véase el apartado 7.2.1. que hemos desarrollado sobre el origen del problema.

⁵⁷¹ La LIS de 2015 entró en vigor el 1 de enero de 2015 y es de aplicación a los períodos impositivos que se iniciaron a partir de esa fecha, quedando derogada la LIS de 2004. El reglamento que la desarrolla es el RIS de 2015 y mantiene la misma estructura del IS que ya existía en la LIS de 1995, partiendo del resultado contable que corregido determinará la base imponible del impuesto. Aunque, ha sido mejorada con una revisión general del IS adaptándose a las necesidades de un mundo más globalizado, más competitivo y de lucha contra el fraude; con unas normas más sencillas y prácticas (como la simplificación de las tablas de amortización y de los tipos de gravamen o las novedades en materia de deducibilidad de gastos) que permitan el desarrollo económico de las sociedades.

⁵⁷² Consúltese los apartados 6.2.2. y 6.2.3. sobre los ámbitos objetivo y subjetivo, respectivamente, de la remuneración de los administradores. La LSC de 2014 incide sobre el aspecto cualitativo (objetivo) de la reserva estatutaria de las remuneraciones y en los administradores en su condición de tales (subjetivo), es decir, nos referimos a la separación de funciones: ejecutivas y no ejecutivas.

⁵⁷³ Véanse las SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), conocidas como caso Mahou, y origen de la intromisión en el ámbito fiscal de la doctrina del vínculo.

⁵⁷⁴ Véanse, entre otras, las SSTS de 19 de febrero de 2001 (FJ 3º); de 21 de abril de 2005 (FJ 3º); de 15 de junio de 2006 (FFJJ 2º y 3º); de 12 de enero de 2007 (FJ 3º); de 24 de abril de 2007 (FJ 4º); de 29 de mayo de 2008 (FJ 8º); y de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º).

⁵⁷⁵ La incompatibilidad laboral del vínculo sociedad-administrador nace con la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º), conocida como caso Huarte, y con la aprobación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección. Por ello, el vínculo mercantil absorbe el laboral por las funciones de alta dirección.

Entonces, resulta evidente que la AEAT empieza a cuestionarse la deducibilidad fiscal en el IS de las remuneraciones sin reserva estatutaria y junto con el TS las califican de liberalidad o de una cuestión de legalidad y, por lo tanto, en aplicación del art. 14.1.e) de la LIS de 2004 como gasto fiscalmente no deducible⁵⁷⁶.

Cabe preguntarse, pues, si la LIS de 2015 incide en los efectos fiscales de la doctrina del vínculo planteada por el TS en el IS de una manera más pacífica, resolviendo los conflictos del pasado. En ese sentido, a nuestro entender, dos son las afectaciones que hay que apuntar y conviene examinar:

- La nueva redacción del art. 15 sobre los gastos no deducibles, en particular el atinado concepto de liberalidad; y
- La confusa modificación del régimen de operaciones vinculadas (art. 18).

7.3.1.- Los gastos no deducibles del art. 15.

Como ya hemos convenido la deducibilidad fiscal de los gastos pasa por su registro contable, imputación, justificación y correlación (necesaria) para la obtención de ingresos; y porque no estén limitados por alguna norma fiscal específica. En este sentido, las remuneraciones satisfechas sin constancia en los estatutos sociales han sido calificadas como liberalidad no deducible en el IS, no sólo por no ser un gasto relacionado (necesario) con los ingresos sino por contravenir el ordenamiento mercantil. Aunque en realidad supone, a nuestro parecer, una cuestión de simple legalidad el no admitir fiscalmente esos gastos por ilícitos.

Coincidimos con MARÍN BENÍTEZ que la no deducibilidad en el IS de las remuneraciones es un problema de legalidad y apunta que bajo la LIS de 2004, “la lista cerrada de gastos no deducibles contenida en el art.14.1 no incluía mención alguna a los gastos que contravinieran el ordenamiento jurídico, por lo que la no deducibilidad de estos gastos ilícitos tenía que articularse técnicamente a través del concepto de

⁵⁷⁶ Consúltense el apartado b) dedicada a la opinión del TS y su influencia en la AEAT, de la sección 7.2.2. sobre los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto.

liberalidad”⁵⁷⁷. Ahora bien, la autora discrepa de la no deducibilidad fiscal de estas remuneraciones sin reserva estatutaria en base al principio de capacidad económica, posición que también defendemos⁵⁷⁸.

Lo cierto es que la LIS de 2015 arroja una luz en el túnel por la controversia surgida sobre la deducibilidad fiscal de las remuneraciones satisfechas sin constancia estatutaria. La nueva redacción del art. 15 de la LIS de 2015 en materia de gastos fiscalmente no deducibles aclara de forma rotunda la cuestión relativa a los donativos y liberalidades en su apartado e). De este modo, precisa al igual que en la norma fiscal precedente (LIS de 2004) que no se entenderán como liberalidades, “los gastos por atenciones a clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos”⁵⁷⁹; e incluye en esa misma letra e) un nuevo párrafo que oportunamente clarifica que “no se entenderán comprendidos (como donativos y liberalidades) las retribuciones a los administradores por el desempeño de

⁵⁷⁷ MARÍN BENÍTEZ, G.: “El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las Leyes 27/2014 y 31/2014”, revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Ed. Dykinson, núm. 39, enero 2015, pp. 113 a 116.

⁵⁷⁸ Consúltese la letra c) de reflexiones personales del apartado 7.2.2. dónde postulamos que cualquier incumplimiento de la norma mercantil no debe tener consecuencias en el orden fiscal, siempre que obedezca a lo establecido en la legislación fiscal, y con independencia de la calificación que haga de las remuneraciones el TS por contrarias al ordenamiento mercantil. Véase también el esquema 8: La liberalidad o legalidad de las remuneraciones en la teoría del vínculo.

Existe jurisprudencia del TS sobre el tratamiento unitario de la remuneración del administrador social y sus consecuencias por la falta de previsión estatutaria para no aplicar lo establecido en la LSC. De este modo, apunta la STS de 29 de mayo de 2008 que se precisa “la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores (...), que excluye de su ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo” (FJ 8º). Por su parte, la STS de 18 de junio de 2013 considera como consecuencia de la citada doctrina que “para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito, según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia (...) de elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa, que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la norma societaria” (FJ 3º). En la misma línea, encontramos las SSTS de 31 de octubre de 2007 (FJ 2º); de 19 de diciembre de 2011 (FJ 2º); y de 25 de junio de 2012 (FJ 2º).

⁵⁷⁹ Véase la letra e) del art. 15 de la LIS de 2015 que contiene los gastos no deducibles por donativos y liberalidades y que puntualiza acertadamente lo que no se comprende bajo esos conceptos.

También, como novedad en esta materia se limita la deducibilidad fiscal de los gastos por atenciones a clientes o proveedores al 1 por ciento del importe neto de la cifra de negocios del período impositivo, mientras que la deducibilidad de cuantías inferiores está sometida a las reglas generales de registro, justificación e imputación temporal.

funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad”⁵⁸⁰.

El precepto se refiere a las remuneraciones abonadas a los administradores por las funciones ejecutivas o de alta dirección en una relación sociedad-administrador, tanto de naturaleza mercantil como laboral. Recuérdese que, según la doctrina del vínculo, la naturaleza de la relación sería mercantil por coincidencia de las funciones de alta dirección laboral y las de la condición de administrador en la misma persona, considerándose aquellas incluidas entre las propias del cargo de administrador⁵⁸¹. *Ergo*, claro está que no son liberalidades los gastos en concepto de remuneraciones por las funciones ejecutivas, como tampoco lo son las remuneraciones satisfechas derivadas de una relación laboral común; halla o no reserva estatutaria.

Entendemos pues que tales remuneraciones serán gastos fiscalmente deducibles en el IS y con independencia de que tengan o no cobertura en los estatutos sociales; se cierra por tanto el debate en torno a la doctrina del vínculo en el IS. Para MARÍN BENÍTEZ la norma pretende oportunamente “atajar la calificación como gasto no deducible de las retribuciones que responden a una prestación de servicios incuestionable del administrador a la empresa y que reduce, verdaderamente, la

⁵⁸⁰ El Anteproyecto de la LIS de 2015, texto remitido para información pública en fecha 23 de junio de 2014, incorporaba un nuevo párrafo diferente al aprobado definitivamente dónde establecía que “Tampoco se entenderán comprendidos en esta letra e) (donativos y liberalidades) las retribuciones a los administradores, por el desempeño de funciones distintas a las correspondientes a su cargo, con independencia del carácter mercantil o laboral que se atribuya a su relación con la entidad”. Criticamos que nada aportaba en este sentido para cerrar la polémica sobre la doctrina del vínculo del TS. Las remuneraciones percibidas sin cobertura estatutaria por las funciones ejecutivas o no ejecutivas seguirían considerándose como liberalidad.

Compartimos la opinión de DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 41, censurando que la precisión del Anteproyecto de Ley nada nuevo añadía dado que nunca se cuestionó la deducibilidad fiscal de las remuneraciones percibidas por los administradores por funciones diferentes a las correspondientes a su cargo.

Además, el Anteproyecto de Ley abría, aún más si cabe, el debate al introducir la nueva letra f) del art. 15 como no deducibles los gastos de carácter ilícito, dónde encontraría sentido el criterio del TS para calificar las remuneraciones que no tienen reserva estatutaria como una cuestión de mera legalidad y así apoyar su no deducibilidad en el IS.

Nos congratulamos que el redactado final de esta letra f) fuera modificado por los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, como gasto no deducible finalmente. Más adelante, en esta misma sección analizaremos su interpretación.

⁵⁸¹ Las funciones ejecutivas o de gestión de empresa que desempeña el administrador son coincidentes con las propias del personal laboral de alta dirección. Al respecto, el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección establece su ámbito de aplicación. Para un mayor detalle consúltese el apartado 5.5.2. sobre la compatibilidad con la relación laboral (especial de alta dirección o común) del vínculo mercantil por las funciones ejecutivas del administrador.

capacidad económica de la empresa que los contrata”⁵⁸². Tal conclusión merece nuestra total aceptación al respecto.

De hecho, la LIS de 2015 influye de manera acertada sobre la doctrina del vínculo defendida hasta ahora por el TS. Es decir, ante la falta de reserva estatutaria cualquier remuneración a los administradores por sus funciones ejecutivas será deducible en el IS sin tener que atender a los requisitos mercantiles y sí a los requisitos de deducibilidad de la norma fiscal. Tal razonamiento nos conduce en la línea que ya hemos defendido sobre que las funciones ejecutivas (provengan de una relación mercantil o laboral) queden al margen del régimen de las remuneraciones del art. 217 de la LSC de 2014, circunstancia que parece confirmarse con el nuevo y concreto redactado del art. 15.e) de la LIS de 2015.

Y es que la doctrina del vínculo que delimitaba el ámbito objetivo, en su aspecto cuantitativo (teoría del milímetro), y el ámbito subjetivo (teoría del vínculo) de la remuneración de los administradores, con las consecuencias fiscales de no deducibilidad en el IS por su falta de previsión estatutaria, calificándolas de liberalidad, ha sido sobrepasada; cuanto menos en las remuneraciones por las funciones ejecutivas o de dirección (gestión de empresa). Cierto es que nada se dice con respecto a las remuneraciones por las funciones no ejecutivas (o indelegables), lo que interpretamos como una cuestión de mera legalidad ante la falta de previsión en los estatutos sociales y abogamos por su deducibilidad fiscal en el IS también⁵⁸³. En este sentido, destacamos como uno de los errores de la doctrina del TS la equivalencia de funciones. La doctrina del vínculo equipara las funciones de alta dirección como propias del cargo de administrador, de manera que las remuneraciones por ellas, ante la ausencia de reserva estatutaria, no serán fiscalmente deducibles. Pero no se puede negar que, a tenor de la LSC de 2014 y de la LIS de 2015, la distinción de funciones (ejecutivas y no ejecutivas)

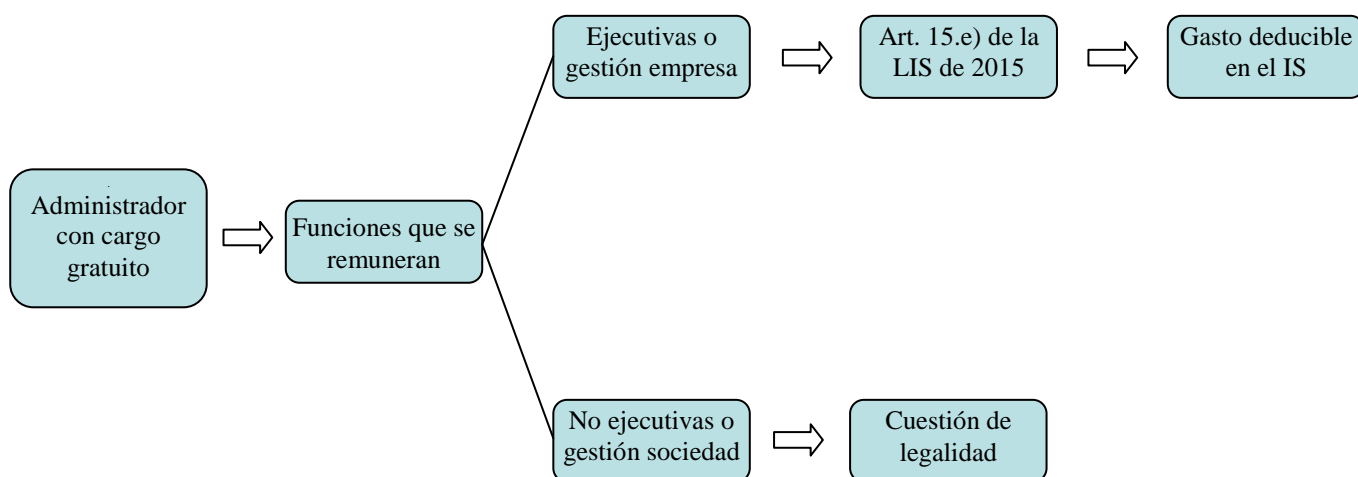
⁵⁸² MARÍN BENÍTEZ, G.: “*El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador...*”, ob. cit., p. 115. En la misma línea de pensamiento, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 42, para quien las remuneraciones a los administradores por el desempeño de funciones propias de dirección y gestión (funciones ejecutivas) o de alta dirección son gasto deducible en el IS a pesar de que los estatutos sociales prevean el carácter gratuito del cargo.

⁵⁸³ Los argumentos esgrimidos en el apartado 7.2.2. para refutar los criterios de liberalidad y de legalidad planteados por el TS nos sirven para defender nuestra posición de deducibilidad fiscal en el IS de las remuneraciones abonadas a los administradores por sus funciones no ejecutivas dado el carácter gratuito del cargo en los estatutos de la sociedad.

es patente y el régimen de remuneración por las funciones de alta dirección o ejecutivas no son una liberalidad y fiscalmente son deducibles en el IS, al margen de guardar reserva estatutaria o no.

Resulta muy interesante destacar como la doctrina administrativa resuelve al respecto de la teoría del vínculo con un criterio de aplicación cambiante, sobre la deducibilidad de las remuneraciones en el IS si el cargo de administrador es gratuito, según sea antes o después de la LIS de 2015⁵⁸⁴.

En el siguiente esquema recogemos como queda entonces la doctrina del vínculo planteada por el TS tras la entrada en vigor del art. 15 de la LIS de 2015:



Esquema 9: La deducibilidad de las remuneraciones por las funciones ejercidas: la teoría del vínculo y el art15.e) de la LIS de 2015.

Fuente: elaboración propia.

⁵⁸⁴ El TEAC en resolución de 5 de julio de 2016, para la unificación de criterio, dictamina que “cuando resulte acreditado que las únicas funciones que realiza un administrador, además de las propias de la relación mercantil, son las tareas propias de un director gerente, debe prevalecer la calificación mercantil, no teniendo la consideración de gasto deducible la retribución que perciba por dicha función de dirección o gerencia, de no estar prevista en los estatutos sociales remuneración del cargo de administrador. Criterio aplicable a los períodos impositivos del IS a los que no resultare de aplicación, *ratione temporis*, la hoy vigente LIS de 2015”. Es decir, ratifica la opinión consagrada por el propio TEAC en resolución de 6 de febrero de 2014 matizándolo sólo para períodos anteriores a la vigencia de la LIS de 2015, a partir de la cual se considerará la remuneración por funciones ejecutivas como gasto deducible en el IS al amparo del art. 15.e) de la citada norma fiscal.

Sin embargo, criticamos que la LIS de 2015 no sea más contundente a la hora de garantizar la deducibilidad de las remuneraciones sin previsión estatutaria. Esto es, el apartado f) del art. 15 de la LIS de 2015, que se añade a los gastos no deducibles, no nos ofrece toda la seguridad jurídica que hubiéramos pretendido. El citado precepto establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles “los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”⁵⁸⁵. De esta manera, parece encontrar su apoyo la opinión del TS sobre la no deducibilidad de las remuneraciones por una cuestión de mera legalidad.

Más bien, según nuestro parecer, la norma que determina como gastos no deducibles los derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico va dirigida a la no deducibilidad del gasto por conductas prohibidas o delictivas, tales como las transacciones realizadas sobre drogas prohibidas, los pagos de sobornos o los gastos por derivados de la comercialización de coches robados⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ El art. 15.f) determina como no deducibles los gastos derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Así, cabe mencionar que en el Anteproyecto de la LIS de 2015 se refería a los gastos de carácter ilícito, como no deducibles, redactado que finalmente nos congratulamos que no fructificara, aunque el texto definitivo no ha estado exento de polémica interpretación también.

⁵⁸⁶ Posiblemente encontramos el origen de este nuevo art. 15.f) de la LIS de 2015 en la Recomendación de la OCDE de 11 de abril de 1996, sobre la deducibilidad fiscal de los pagos ilícitos a agentes públicos extranjeros, en donde se establecía la prohibición de deducir fiscalmente los pagos de soborno efectuados por las empresas. Posteriormente, el 23 de mayo de 1997, la OCDE adopta la Recomendación revisada sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el 17 de diciembre de 1997 España firma el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ratificado el 3 de enero de 2000 y transpuesto a nuestra legislación en el art. 445 del CP, actual art. 286 ter). Véase al respecto de este tema, <http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/Documents/Folleto%20informativo%20sobre%20el%20Convenio.pdf>, consulta realizada el 31 de mayo de 2017.

En ese sentido, la AEAT a través de la DGT emitió, con fecha 5 de marzo de 2007, un informe sobre la deducibilidad fiscal en el IS de las cantidades pagadas presuntamente de forma ilícita a funcionarios públicos extranjeros. Con carácter general, afirma que “en la realización de actividades intrínsecamente prohibidas, el gasto asociado a tales actividades no supone una verdadera disminución de la capacidad económica puesto que el contribuyente sabe que de ningún modo puede realizar dicho gasto”. Por ello, concluye que “al ser radicalmente nula la obligación de satisfacer los gastos delictivos, cabe equiparar, como regla general, el gasto prohibido por el ordenamiento jurídico a una liberalidad, gasto que en cualquier caso no estará jurídicamente correlacionado con los ingresos, por lo que en ningún caso cabría admitir su deducibilidad fiscal”. Además, prosigue que “la no deducibilidad de dichos gastos, radicalmente prohibidos por el ordenamiento jurídico, debe afirmarse, ya que, de lo contrario, se estaría otorgando carta de naturaleza a dicha conducta mediante el reconocimiento de efectos fiscales sobre la determinación del rendimiento neto. Efectos fiscales que deben negarse, en todo caso, puesto que los gastos delictivos o radicalmente prohibidos por el ordenamiento jurídico no disminuyen la capacidad económica del sujeto pasivo, al tratarse de un gasto no correlacionado con la obtención de ingreso, por lo que no deberán tomarse en consideración a la hora de determinar la base imponible del sujeto pasivo, la cual debe ser en todo momento reflejo y expresión de la capacidad económica de los contribuyentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 31.1 de la CE, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico”. Véase el informe de la DGT a petición del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria en

Y esto es así porque los principios de capacidad económica, igualdad y de calificación tributaria justifican la deducción del gasto que contravenga al ordenamiento jurídico; además, de no ser así observaríamos un abuso de imposición dado que el gasto no es deducible y su ingreso correlacionado tributa. Ahora bien, cuando los gastos ilícitos vienen asociados a actuaciones con carácter delictivo o constitutivas de conductas prohibidas tajantemente aquí encontramos el sentido y la interpretación del art. 15.f) de la LIS de 2015⁵⁸⁷.

Con buen criterio PUEBLA AGRAMUNT señala que un acto o negocio jurídico aunque tenga defectos que afecten a su validez sigue teniendo apariencia como tal hasta que un órgano competente determine lo contrario, y que “sólo será inválido aquel acto sobre el que pesa una declaración de ilegalidad o contrariedad a Derecho relevante realizada por un órgano legitimado para ello”. Y concluye, de manera acertada, que “como nunca la Administración tributaria podrá ser competente para declarar tal ilicitud o invalidez, deberá siempre respetar la apariencia de validez con que los actos le llegan”⁵⁸⁸. O dicho de otra forma, la Administración tributaria deberá exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias en relación a la naturaleza jurídica del acto realizado con independencia de los defectos de validez de que pudiera adolecer, esto es, el principio de calificación tributaria que proclama el art. 13 de la LGT.

http://nuevatribuna.opennemas.com/media/nuevatribuna/files/2014/11/04/informe_deducibilidad_funcionarios_extranjeros.pdf, consulta realizada el 31 de mayo de 2017.

⁵⁸⁷ Nuestra deducción del precepto concuerda con DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 45 y 46, para quién la limitación a la deducción de los gastos asociados a actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico es confiscatoria, contrario al principio de capacidad económica, al principio *non bis in idem* y a la función otorgada al derecho tributario. Y concluye que el art. 15.f) de la LIS de 2015 se refiere, estrictamente, a “actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico como sinónimo de actuaciones radicalmente prohibidas (sobornos, impuestos revolucionarios, etc.)”; no obstante, añade que “al hablar de ordenamiento jurídico y no de leyes, se incluyen también los principios generales del derecho y las costumbres, lo que genera aún mayor incertidumbre” o inseguridad jurídica. Para PUEBLA AGRAMUNT, N.: “Actos ilícitos y tributación” en FONTELA MONTES, E. Y SAIZ ÁLVAREZ, J. M., *Ética y legalidad en los negocios*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2008, pp. 113 a 166, el problema radica en “si los actos contrarios a Derecho, en la medida que expresan riqueza, deben tributar, o si es una contradicción que el Derecho exija un tributo por algo que, a su vez, considera que merece un reproche y que debe dejar de existir (...) y es que la consecuencia natural a la ilicitud es la sanción, y no el tributo”; en este sentido, el principio *non bis in idem* nos lleva a la incompatibilidad entre el tributo y la sanción. De esta manera, prosigue, considera la ilicitud de un acto o negocio jurídico como “un motivo de invalidez, pero en el bien entendido de que no toda contrariedad a Derecho acarrea esta consecuencia”.

⁵⁸⁸ PUEBLA AGRAMUNT, N.: “Actos ilícitos y tributación” en..., ob. cit. pp. 124 a 128. La autora desarrolla lo que denomina la regla de la irrelevancia de los vicios de invalidez cuando hay apariencia de validez y, con base a esa apariencia, deberá sujetarse a gravamen la naturaleza jurídica del acto.

De ello se deduce que se someten a tributación actos o negocios jurídicos que pueden llegar a ser ilícitos para algún ámbito del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el caso de las remuneraciones ejecutivas satisfechas a los administradores que deducibles fiscalmente no cumplen con el ordenamiento mercantil o la prestación de servicios mediante un contrato abusivo)⁵⁸⁹. Ahora bien, compartimos con PUEBLA AGRAMUNT que una vez declarada la nulidad del acto o negocio jurídico los efectos tributarios desaparecen, es decir, no hay exigencia de gravamen⁵⁹⁰.

Por el contrario, cuando las actuaciones ilícitas no vienen acompañadas de apariencia de validez de esas actuaciones o actos, en ese caso no tiene cabida el principio de calificación tributaria. Tal es el supuesto de hechos delictivos o conductas prohibidas (como los delitos penales y la comercialización de mercancías prohibidas) y, por tanto, la Administración tributaria no los sujetará a imposición, no siendo competente para la calificación de la ilicitud del acto⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Otros ejemplos de la irrelevancia de la validez de los actos y que se ordena la obligación de contribuir al originarse el hecho imponible concreto lo tenemos en el art. 100.1 de la LHL, sobre el ICIO, dónde el “hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia” y, es más, el devengo del ICIO se produce en el momento de iniciarse la construcción, instalación u obra, aun cuando no se haya obtenido la correspondiente licencia (art. 102.4 de la LHL). También, en el IVA de manera parecida encontramos en el art.4.tres que “la sujeción al impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular”.

⁵⁹⁰ Resulta muy sugestiva la exposición de PUEBLA AGRAMUNT, N.: “Actos ilícitos y tributación” en..., ob. cit. pp. 128 a 140, dónde interrelaciona la regla de la irrelevancia de la invalidez o ilicitud con la de la relevancia tributaria de la nulidad cuando ésta ha sido declarada, y así “si por aplicación de la ley desaparece la capacidad económica que se quería gravar, no puede exigirse ni mantenerse la exigencia del tributo, so pena de socavar también el principio de no contradicción”. En ese sentido, hacemos nuestra la conclusión que lleva a cabo la autora de que “cuando un acto sea en apariencia válido y se presuma lícito, deberá gravarse, sin perjuicio del reintegro que proceda cuando la nulidad y la consiguiente retroacción de efectos sea declarada”. Asimismo, FALCÓN Y TELLA, R.: “*Interpretación económica y seguridad jurídica*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 68, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993, pp. 25 a 31, señala que “cuestión distinta es que, una vez declarada por sentencia firme la existencia del vicio, con la consiguiente rescisión o anulación del acto, ello conlleve la devolución del impuesto”. Por lo tanto, se exige la obligación tributaria y después la devolución del impuesto si se anula el acto o negocio jurídico, argumento que defiende apropiadamente, y al que nos adherimos, FALCÓN Y TELLA, R.: “*La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 enero 1998*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 11, Ed. Aranzadi, 1999, pp. 5 a 8. Y como también afirma PÉREZ ROYO, F.: “*Derecho financiero y tributario. Parte general*”, 11ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 98, “el respeto al principio de capacidad económica y a las meras reglas de la lógica jurídica exige que si los defectos presentes en el acto dan lugar a su anulación, desaparezca igualmente el gravamen” (este pronunciamiento ha sido eliminado de la 25ª ed., 2015).

⁵⁹¹ No obstante, la LGT prevé el principio de no concurrencia de sanciones tributarias en su renovado art. 180 (por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT, en vigor a partir del 12 de octubre de 2015), de modo que hasta entonces la Administración tributaria debía paralizar sus actuaciones ante un acto que estimaba pudiera ser constitutivo de delito: Tras la reforma se evita la paralización del procedimiento administrativo, lo que supone la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública (art. 250 de la LGT, precepto añadido por la

En definitiva, solventada la deducibilidad fiscal del gasto ilícito por las remuneraciones abonadas a los administradores societarios sin cobertura estatutaria, defendemos que superado el concepto de liberalidad por el art. 15.e) no se abra otra vez la posibilidad para negar la deducibilidad del gasto ahora por contrario al ordenamiento mercantil que podía interpretarse al hilo del art. 15.f) de la misma LIS de 2015 y, por tanto, concluimos que las remuneraciones sin cobertura estatutaria por las funciones ejecutivas deben admitirse fiscalmente sin lugar a dudas⁵⁹².

7.3.2.- El régimen de las operaciones vinculadas y la teoría de vínculo.

La preocupación por la fiscalidad de las operaciones entre partes vinculadas y su valoración es latente en la Administración tributaria, de manera que esas operaciones vinculadas o precios de transferencia pueden incidir en una menor recaudación impositiva si están convenidos con ese propósito. Con carácter general, y a falta de un definición precisa en la norma fiscal, podemos identificar una operación vinculada como aquella transacción económica entre personas o entidades que tienen una relación de dependencia (o vinculados, como señala el art. 18 de la LIS de 2015)⁵⁹³. Sobre el

modificación parcial de la LGT), separando en liquidaciones diferentes los elementos de la obligación tributaria vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo que se determine finalmente en el ámbito penal, y aquellos que no lo estén vinculados.

Criticamos el novedoso art. 250 de la LGT por, a nuestro entender, la vulneración de los derechos y garantías de los contribuyentes (art. 34 de la LGT), así como el principio a la tutela judicial efectiva (art. 24) y de la capacidad económica (art. 31) establecidos ambos en la CE.

Por su parte el art. 95.3 de la LGT determina el deber de los funcionarios de la Administración tributaria de evidenciar los hechos que se estimen constitutivos de delito.

Cuanto antecede tiene su origen en el art. 262 de la LECrim. dónde se regula la obligación de todo aquel que por razón de su cargo, profesión u oficio tuviere noticia de algún delito público, de denunciarlo inmediatamente bien al Ministerio fiscal, bien al Tribunal competente, bien al Juez de Instrucción, o bien al municipal o al funcionario de policía más próximo si se tratase de un delito flagrante.

⁵⁹² Coincidimos con MARÍN BENÍTEZ, G.: “*El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador...*”, ob. cit., p. 115, que esta nueva letra f) “no tiene por objeto calificar como gasto no deducible las retribuciones de los administradores que, pudiendo ser contrarias al ordenamiento mercantil, han quedado ya excluidas del concepto de liberalidad”, y además concluye que “la regulación expresa de la retribución a los administradores en la letra e) debe prevalecer sobre la eventual aplicación de la regla especial contenida en la letra f)”.

En relación con ello, la STS de 31 de octubre de 2007 (FJ 2º) señala con acierto que el ordenamiento jurídico “no prohíbe la remuneración de los consejeros (administradores), sino que no consten en los estatutos la que se haya comprometido la sociedad a dar”. Es decir, las remuneraciones satisfechas por las funciones ejecutivas sin constancia en los estatutos sociales no son un gasto de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

⁵⁹³ Coincidimos con LAGOS RODRÍGUEZ, Mª. G. y ALCARAZ RUIZ, S.: “*El tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas en el nuevo IS*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 156, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2015, p. 110, para quienes las operaciones vinculadas son “aquellas

concepto de operación vinculada, LAGOS RODRÍGUEZ y ALCARAZ RUIZ precisan como tal “cualquier tipo de operación, tanto ordinaria – ingresos y gastos corrientes – como extraordinaria – compraventa de inmovilizado, valores, fusiones, etc. –, realizada entre entidades o personas dependientes entre sí y que, por tanto, son susceptibles de ser pactadas a precios o contraprestaciones distintos de los que se habrían fijado entre entidades o personas independientes, es decir, al valor de mercado”. Las autoras justifican de forma elocuente el régimen especial de las operaciones vinculadas debido a que “el legislador español parte de la consideración de que tales transacciones pueden no seguir la ley de la oferta y la demanda, por lo que los precios fijados en ellas, diferirán de aquellos que serían aplicados entre empresas independientes, en un mercado de libre competencia”, razonamiento que compartimos totalmente⁵⁹⁴.

Criticamos que el concepto de operación vinculada no se encuentre expresamente recogido en la normativa de la LIS. No obstante, nos atrevemos a definir como operación vinculada a todo negocio jurídico realizado entre personas físicas o jurídicas con cierta relación entre sí o grado de vinculación (por ejemplo, las operaciones entre la sociedad y sus socios, entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial o entre la sociedad y los cónyuges de los consejeros o administradores) y puede darse tal vinculación en operaciones comerciales, financieras, empresariales, etc.

transacciones económicas realizadas entre sujetos con una relación de dependencia entre sí, que son los sujetos que la LIS califica como vinculados.”

⁵⁹⁴ LAGOS RODRÍGUEZ, M^a. G. y ALCARAZ RUIZ, S.: “*El tratamiento fiscal de las...*”, ob. cit. pp. 110, 112 y 113. Asimismo, LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. p. 45, señala que las operaciones vinculadas “a efectos fiscales son aquellas operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, ya que así se expresa el art. 18 de la LIS de 2015”, siendo el elemento diferenciador en este tipo de negocios los sujetos intervinientes. Por su parte, CORDÓN EZQUERRO, T.: “*Ámbito subjetivo de las operaciones vinculadas en la nueva LIS: perímetro de vinculación*”, en revista *Crónica Tributaria*, núm. 152, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp. 89 a 116, apunta como necesaria la delimitación precisa de a qué personas o entidades se le debe aplicar las reglas especiales de operaciones vinculadas, lo que ocasiona una mayor seguridad jurídica y realiza un sugestivo examen del concepto de vinculación en la norma mercantil (CCom., PGC de 2008, ICAC y LSC de 2010). En la misma línea, GRAS BALAGUER, C. y DE NAVASQÜES PÉREZ, B.: “*Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia*”, en Cuadernos de Formación, colaboración 34/10, Escuela de la Hacienda Pública, vol. 11/2010, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, pp. 173 a 186, concretan que las operaciones vinculadas son “las operaciones con contenido económico que se realizan entre partes vinculadas entre sí”. También, GARCÍA PRATS, F. A.: “*Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea*”, en revista *Crónica Tributaria*, núm. 117, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pp. 33 a 82, define el concepto de precio de transferencia (operaciones vinculadas en el entorno internacional) como “el precio fijado para un producto o servicio suministrado por parte de una entidad perteneciente a un grupo a una entidad o parte de dicho grupo”, distinguiendo dos elementos, a saber: una transacción económica valorable y que es realizada entre dos partes relacionadas o asociadas. A mayor abundamiento, léase a ESTEVE PARDO, M^a. L.: *La fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

La regulación especial sobre las operaciones vinculadas aborda aspectos como la valoración (a nuestro entender, la clave del problema para la fiscalidad) y la metodología, el perímetro de vinculación, las obligaciones de documentación y el régimen sancionador⁵⁹⁵. Sin embargo, el trabajo que nos ocupa no es este y por ello nos centraremos solamente en los supuestos o el perímetro de vinculación que afecta a nuestro estudio, como es la relación entre una sociedad y sus consejeros o administradores⁵⁹⁶.

Por lo tanto, en este punto vamos a desarrollar la segunda, y última, de las afectaciones fiscales en la teoría del vínculo (que proclama el TS en las Sentencias de

⁵⁹⁵ La fiscalidad de las operaciones vinculadas contenida en el art. 16 del texto refundido de la LIS de 2004 y en los arts. 16 a 29 nonies del RIS de 2004 se reformó positivamente por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal y por su desarrollo normativo mediante el RD 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el RIS de 2004. Las novedades se centraron, básicamente, en la valoración de estas operaciones según precios de mercado (o sea, en las condiciones de libre competencia acordadas por partes independientes) y en la adaptación de la legislación española a la normativa internacional en esta materia, en concreto, a las directrices de la OCDE y al Foro Común Europeo sobre Precios de Transferencia.

Véase, el *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, versión abreviada de 22 de julio de 2010 en <http://www.estrategiafiscal.net/wp-content/uploads/2011/09/Modelo-de-Convenio-Tributario-sobre-la-Renta-y-el-Patrimonio-Versi%C3%B3n-Abreviada-2010-ESPA%C3%91OL.pdf>; como las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, de 22 de julio de 2010, en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2010_9789264202191-es#.V6WmfQkqmw#page1; y la comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 23 de octubre de 2001, *Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del IS para sus actividades a escala comunitaria*, en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-582-ES-F1-1.Pdf>. Todas han sido consultadas el día 31 de mayo de 2017.

La nueva LIS de 2015 reforma la fiscalidad de las operaciones vinculadas, aunque conservadora, presenta, en su art. 18, alguna flexibilidad en relación con la exigencia de las obligaciones de documentación, la restricción del perímetro de vinculación (en el ámbito de la relación socio-sociedad queda fijado en el 25 % de participación), la metodología para la valoración de las operaciones (se elimina el orden de prelación) y el régimen sancionador menos gravoso; además, observamos un acercamiento a las directrices de la OCDE y a las referencias de la UE.

Léase el *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, de la OCDE del año 2014 para la mejora de las normas internacionales en la potestad impositiva con las actividades económicas, en <http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Ficheros/Fichero79.pdf>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

Finalmente, reprochamos que la LIS de 2015 tampoco haya recogido una definición del concepto de operación vinculada.

⁵⁹⁶ El art. 18.2 de la LIS de 2015 (anterior art. 16.3 de la LIS de 2004) incorpora una lista cerrada de los casos que se considerarán personas o entidades vinculadas, pero a diferencia de su norma antecesora destacamos dos aspectos: la conveniente elevación del porcentaje de la participación del 5 % (1 % para sociedades cotizadas) al 25 % en los supuestos de vinculación de la relación socio-sociedad y la importante novedad para nuestro trabajo como es que la retribución por el ejercicio de las funciones de administrador no será operación vinculada, como así lo regula la letra b) del citado precepto.

13 de noviembre 2008⁵⁹⁷) que nos trae la LIS de 2015 y que hace referencia al régimen de las operaciones vinculadas. El desacertado cambio, según nuestro parecer, excluyendo como supuesto de vinculación lo relativo a la remuneración de los administradores de las sociedades de capital nos sugiere diferenciar dos situaciones dadas para una mejor comprensión, como son antes de la LIS de 2015 y después de ésta.

a) La situación dada antes de la LIS de 2015.

Como ya hemos avanzado en el inicio de este apartado el texto integrado de la LIS de 2004 no recoge una definición expresa de lo que se entiende por operación vinculada. Si bien del art. 16.1 de la citada norma podemos determinar que: son aquellas operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, siendo uno de los aspectos a considerar los sujetos intervinientes y el más importante que sean realizadas por su valor normal de mercado; con ello la regulación fiscal pretende evitar la elusión de impuestos y prevenir el fraude fiscal⁵⁹⁸. Conviene puntualizar que se entenderá por valor normal de mercado aquel que se pactaría por personas independientes en condiciones de libre competencia⁵⁹⁹. No está de más indicar que estas operaciones de

⁵⁹⁷ Recuérdense las dos SSTs, Sala de lo Contencioso, de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), que acarrearán consecuencias en el ámbito fiscal por la aplicación de la teoría del vínculo.

⁵⁹⁸ En la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal y que modifica el art. 16 de la LIS de 2004, señala como criterio de valoración de las operaciones vinculadas el valor de mercado para así relacionarse con la normativa contable y, por ello, “el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiéndose por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.”

En efecto, el art. 16.1.1º de la LIS de 2004 menciona que “las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”.

⁵⁹⁹ En relación con el valor normal de mercado, JURADO SOLÍS, M.: “*La utilidad del valor razonable contable para la determinación del valor de mercado fiscales las operaciones vinculadas*”, en Cuadernos de Formación, colaboración 28/08, Escuela de la Hacienda Pública, vol. 6/2008, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, p. 219, analiza la influencia del valor razonable de la contabilidad sobre el valor de mercado y recuerda que el PGC de 2008, en el apartado 6 sobre criterios de valoración, dentro del Marco Conceptual de la Contabilidad, define el valor razonable de un modo muy similar al de mercado como “(aquel) importe por el que puede ser adquirido un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua.” De esta manera, el autor compara las definiciones para extraer coincidencias positivas como que “en la fiscalidad para buscar un valor de mercado nos remitimos al valor de una operación independiente y en la contabilidad dicho valor de una operación independiente nos debe dar, de entrada, el valor razonable”. Sobre este particular, MORALES SÁNCHEZ, E.: “*El ajuste secundario en las operaciones*”.

modo imperativo deben calcularse por la norma del valor de mercado (ajuste primario) y cuando no concuerde con éste se determinarán las consecuencias económicas y tributarias mediante un segundo ajuste⁶⁰⁰. De este modo, cuando en este tipo de operaciones vinculadas se acuerde un precio o valor de transferencia, la Administración tributaria podrá comprobar si es acorde a las condiciones normales de mercado entre partes independientes (y en base a operaciones similares) y, si procede, ajustará el precio por la diferencia⁶⁰¹. Claro está que para asignar la valoración de las concretas operaciones a precio de mercado debe existir la vinculación entre las partes que intervienen en la determinada operación. Pero incluso el propio contribuyente puede realizar los ajustes (calificados como secundarios) si el precio convenido en la operación vinculada se aparta del valor exigido de mercado.

En este punto cabe que destaquemos la importancia de la valoración de las operaciones vinculadas, que según hemos comentado serán al valor normal de mercado, y su análisis de comparabilidad. Es decir, para la determinación del valor de mercado de

vinculadas”, revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Ed. Dykinson, núm. 22, enero-abril 2009, p. 66, opina con razón que “la valoración a efectos contables de una operación realizada entre entidades vinculadas por su valor razonable debería cumplir con la norma fiscal de valoración a valor normal de mercado”. Asimismo, GRAS BALAGUER, C. y DE NAVASQUÉS PÉREZ, B.: “*Las operaciones vinculadas y...*”, ob. cit. p. 176, mencionan que “el principio del precio normal de mercado abierto se basa en la comparación de la transacción efectuada entre empresas asociadas con otra realizada entre partes independientes, y en la verificación del precio de dichas transacciones, siempre que las características económicas de las transacciones que se comparan sean similares.”

⁶⁰⁰ El ajuste secundario o de la realidad económica se reconoce en el art. 16.8 de la LIS de 2004 como consecuencia de la calificación de las rentas que se pongan de manifiesto debido a la diferencia existente entre el valor convenido y el normal de mercado en una operación vinculada.

⁶⁰¹ Reglamentariamente (RIS de 2004) se establecerá el método para desplegar la estimación por el valor de mercado. Pongamos por ejemplo, la renta convenida del alquiler de un local perteneciente a una persona que lo arrienda a la sociedad de la que es socio. Cualquier valor dado a esa renta por debajo del precio que surgiría entre partes independientes a valor de mercado, se someterá a valoración administrativa.

Para LAGOS RODRÍGUEZ, M^a. G. y ALCARAZ RUIZ, S.: “*El tratamiento fiscal de las...*”, ob. cit. p. 112, lo que prevalece, y así también lo entendemos, en la norma fiscal sobre operaciones vinculadas es la desconfianza del legislador en la actitud de las partes implicadas, “como muestra la exhaustividad con la que se trata la determinación del valor normal de mercado, la amplitud del ámbito de vinculación y las importantes cargas de documentación y sanciones aplicables.” Por su parte, LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 45 y 46, detalla de una manera sucinta y clara los efectos fundamentales de la consideración de una operación como vinculada, como son: la valoración del acto o negocio a precio de mercado, el ajuste a la realidad económica (si el precio convenido no es acorde al valor de mercado), las obligaciones de documentación impuestas por la LIS y la obligación de inclusión en el modelo del IS. Y añade que la persona física integrante de una relación de vinculación se le aplican las normas del IRPF para determinar el valor de sus rendimientos, en concreto, que “en caso de rendimientos del trabajo o de capital sólo se admite la ausencia de retribución o el valor de mercado y en el caso de rendimientos de actividades económicas sólo se admite el valor de mercado” (arts. 6.5 y 28.4 de la LIRPF, respectivamente). Finalmente, el art. 41 de la LIRPF establece que “la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el art. 16 de la LIS de 2004”.

una determinada operación vinculada se exige utilizar referencias comparables de operaciones similares entre partes independientes. El RIS de 2004 recoge en el art. 16.2 los elementos determinantes para que las operaciones sean consideradas equiparables, o dicho de otra manera para que se lleve a cabo el análisis de comparabilidad⁶⁰². De forma práctica y apropiada, GRAS BALAGUER y DE NAVASQÜES PÉREZ examinan los siguientes factores para un adecuado estudio de comparabilidad de la operación que se valora con la que se toma como referencia⁶⁰³:

- Análisis de las características propias (físicas y materiales) de los bienes y servicios;
- Análisis funcional (las funciones asumidas por las partes, los activos utilizados y los riesgos);
- Análisis de mercados (características como la ubicación, el tamaño y la competencia);
- Análisis de las condiciones contractuales (las responsabilidades, los riesgos y los beneficios); y
- Análisis de las estrategias del negocio (la situación comercial, la innovación, el grado de diversificación y los cambios políticos).

Posteriormente, y de acuerdo al análisis de comparabilidad obtenido, se optará por uno de los métodos de valoración atendiendo a las circunstancias concretas de cada operación analizada y que contiene la LIS de 2004⁶⁰⁴.

⁶⁰² El art. 16 del RIS de 2004 regula la determinación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas y las circunstancias a tener en cuenta en el análisis de comparabilidad. En este sentido, recordemos que supone la adaptación de la legislación española a las Directrices de la OCDE *supra* citadas en relación con los factores determinantes de la comparabilidad. A saber, las características de los bienes o de los servicios, el análisis funcional, las cláusulas contractuales, las circunstancias económicas y las estrategias empresariales.

⁶⁰³ GRAS BALAGUER, C. y DE NAVASQÜES PÉREZ, B.: “*Las operaciones vinculadas y...*”, ob. cit. pp. 176 y 177, y siguiendo las Directrices de la OCDE referidas afirman que “el grado de comparabilidad debe ser el mayor posible tanto en precio como en lo referente a las condiciones de la transacción misma”, aclarando oportunamente que ser comparable significa que “ninguna de las diferencias, si las hubiere, entre las referidas condiciones que se quieren comparar, podría afectar sustancialmente la determinación del precio, y en su caso, que ajustes pueden ser efectuados para eliminar el efecto económico de tales diferencias”. También, JURADO SOLÍS, M.: “*La utilidad del valor razonable contable para...*”, ob. cit. p. 219, razona con acierto que “en la práctica habrá que apoyarse en la existencia de mercados de bienes o servicios similares para que, efectuando los ajustes necesarios en orden a las particularidades de la operación vinculada, podamos halar el valor de mercado, que en la mayoría de las veces se obtiene a través de técnicas estadísticas trabajando con rango de resultados.”

⁶⁰⁴ Los métodos de valoración aceptados para la delimitar el valor normal de mercado se establecen en el art.16.4 de la LIS de 2004 que, a los meros efectos informativos aludimos sin más por no ser objeto de

Además, las operaciones vinculadas no sólo pueden ocasionar efectos negativos para la fiscalidad sino que infieren directamente contra el principio de plena competencia (*arm's length principle*). Este principio constituye el referente internacional sobre precios de transferencia acordada por la OCDE para su utilización a efectos fiscales, de modo que su aplicación se basa en la comparativa de las condiciones de una operación vinculada con las condiciones de las operaciones efectuadas entre sociedades independientes (en operaciones similares)⁶⁰⁵.

Por su parte, el art. 16.3 de la LIS de 2004 relaciona los supuestos de vinculación y, entre otros, nos ocupamos solamente de las consideradas (como operaciones vinculadas) realizadas por una sociedad y sus consejeros o administradores. La naturaleza de la relación sociedad-administrador que recordemos puede ser mercantil o laboral (teoría del vínculo explicada en el capítulo 5 del presente trabajo de investigación) posibilita el ejercicio de las funciones ejecutivas y no ejecutivas, además de ser remunerados por unas y otras⁶⁰⁶; por lo que se les aplicará la valoración de mercado. Pero no sólo la remuneración por el ejercicio de las funciones de administrador será considerada como operaciones vinculadas, sino que cualquier otro tipo de operación que intervengan la sociedad y sus administradores, como la prestación de servicios por actividades económicas, venta de bienes o la adquisición de un activo, por poner algún ejemplo, tendrán la aplicación de valor de mercado.

nuestro trabajo, son: del precio libre comparable, del coste incrementado, del precio de reventa, de la distribución del resultado y del margen neto del conjunto de operaciones.

⁶⁰⁵ El principio de plena competencia se acoge en el art. 9 del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, que contiene lo expresado en las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, antes mencionadas. Cuando los precios de transferencia no se determinan en condiciones normales de mercado, por ser convenidos, resulta necesario ajustarse a las condiciones de plena competencia. Con el objetivo de cumplir el *arm's length principle* se corrigen esas diferencias disponiendo las condiciones que se darían entre sociedades independientes mediante un análisis de comparabilidad. Por ejemplo, los directivos locales de una empresa vinculada pueden estar interesados en reducir los beneficios y, por tanto, fijarán precios que los reduzcan o pueden estar sometidas a obligaciones administrativas contrarias sobre valoraciones aduaneras según el país residente. La principal consecuencia es una alteración en la deuda tributaria de las sociedades vinculadas.

En nuestro ordenamiento jurídico el art. 38 de la CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos. En este contexto, toma importancia la defensa de la competencia en la regulación de la actividad económica. Para ello, destacamos la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la LCD.

⁶⁰⁶ Puede consultarse el apartado 5.5.1. para el estudio realizado sobre la naturaleza de la relación jurídica sociedad-administrador y la separación de funciones: ejecutivas (delegables y propias de la alta dirección) y no ejecutivas (indelegables y propias del administrador en su condición de tal).

Para MARÍN BENÍTEZ la norma fiscal tiene la solución en la valoración de mercado para impedir las remuneraciones abusivas y desproporcionadas que quiere evitar la norma mercantil; y defiende con acierto la aplicación a los administradores de la norma de valoración a mercado entre partes vinculadas por las remuneraciones de sus funciones ejecutivas o delegables. Y es que tales funciones son iguales a las del personal laboral de alta dirección, pudiéndose encontrar comparativa para su valoración en cualquier director general o gerente de una sociedad que tenga un contrato laboral y no pertenezca al órgano de administración⁶⁰⁷.

Pues bien, aclarada la valoración a mercado para las remuneraciones satisfechas a los administradores por ser una operación vinculada, el problema reside en cómo valoramos aquellas cuando falta la previsión estatutaria (o si el cargo es gratuito) ya que la teoría del vínculo planteada por el TS considera que no son fiscalmente deducibles (como gasto en el IS) y, sin embargo, el gasto existe y han sido pagadas⁶⁰⁸. Es decir, las excluye del ámbito de aplicación de la norma a valor de mercado aun siendo, a nuestro entender, una operación vinculada.

Parece que el criterio de la DGT va en la dirección del TS, de manera que no serán fiscalmente deducibles las remuneraciones pagadas al administrador para el caso de cargo gratuito (o falta de constancia en los estatutos sociales). No obstante, si el administrador realiza otra prestación de servicios a la sociedad al margen de las funciones de dirección y gestión, como por ejemplo un asesoramiento profesional, admite y acepta la deducibilidad de las retribuciones satisfechas por ese concepto. Asimismo, será considerada como una operación vinculada (relaciones entre la sociedad y sus administradores) y, por lo tanto, valorada a su valor normal de mercado. En ese sentido, en la CV núm. V1081-11, de 28 de abril de 2011, concluye que dado que los estatutos sociales no recogen retribución alguna, los gastos pagados al administrador no serán fiscalmente deducibles. Aunque señala que “en el caso de que el administrador

⁶⁰⁷ MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. pp. 25 y 26, considera coherente aplicar la valoración a mercado de las remuneraciones a los administradores ejecutivos para preservar su deducibilidad fiscal ante la teoría del vínculo. Argumentación que compartimos y añadimos que, a pesar de la separación de funciones (ejecutivas y no ejecutivas) por la que apostamos con independencia del órgano de administración adoptado, las funciones ejecutivas forman parte de las facultades del administrador, son una operación vinculada y deben valorarse a mercado.

⁶⁰⁸ Recuérdese la opinión del TS en las Sentencias de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), sobre las remuneraciones satisfechas a los administradores sin cobertura estatutaria como una cuestión de liberalidad o de mera legalidad y que hemos rebatido en el apartado 7.2.2.

prestara servicios mercantiles a la sociedad, se trataría de una operación vinculada, por lo que sería de aplicación lo establecido en el art. 16 de la LIS de 2004, siendo fiscalmente deducible los gastos derivados de dicha relación mercantil por funciones distintas a las de administración”⁶⁰⁹.

Criticamos rotundamente tales resoluciones, no por el carácter de vinculación y deducibilidad de la prestación de servicios mercantiles a la sociedad que compartimos, sino porque hemos abogado por la separación de funciones del administrador y su régimen de remuneración distinto para las funciones ejecutivas y no ejecutivas, argumentando su deducibilidad fiscal al margen de la normativa mercantil, véase apartado c) de reflexiones personales tratados en la sección 7.2.2.; así, en concreto, los servicios que presta un administrador ejecutivo por la gestión diaria a la sociedad también son un operación vinculada y deben incluirse dentro del ámbito de aplicación de la valoración a mercado, aunque no conste en los estatutos sociales la remuneración por tales servicios.

No coincidimos pues con la motivación de la DGT, como tampoco con la doctrina del vínculo del TS (como ya hemos apuntado en los apartados 7.2.2. y 7.2.3. sobre los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto, dónde abogamos por la revisión de la teoría del vínculo y de su corolario de la teoría del milímetro, respectivamente), dado que la relación sociedad-administrador es considerada como

⁶⁰⁹ En términos similares se pronuncia en la CV núm. V1569-13, de 9 de mayo de 2013 y en la CV núm. V3158-13, de 24 de octubre de 2013, así los gastos por las remuneraciones pactadas por la realización de tareas productivas o profesionales a favor de la sociedad serán considerados gasto fiscalmente deducible, siempre que dicho gasto cumpla con los requisitos de la norma fiscal y que su valoración se efectúe a valor de mercado; en cambio, si la remuneración percibida “pudiese retribuir las labores de dirección y administración propias del cargo de administrador, el gasto correspondiente a dicha retribución no tendría la consideración de gasto fiscalmente deducible, por tratarse de una mera liberalidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 14.1.e) de la LIS de 2004 (...) dado que con arreglo a los estatutos de la sociedad el cargo de administrador es gratuito, y por lo tanto, los importes percibidos no están retribuyendo esas funciones”. De igual forma se expresa la CV núm. V2978-14, de 4 de noviembre de 2014, aunque se plantea el supuesto de modificación de los estatutos sociales de la entidad consultante, determinando el carácter remunerado del cargo de administrador, entonces serían deducibles a los efectos del IS, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 217 de la LSC de 2010.

Por otra parte, la resolución de la DGT en la CV núm. V0441-14, de 18 de febrero de 2014, deja claro que no admite duda alguna que “el gasto correspondiente a la retribución pactada como contraprestación por el desempeño de las tareas productivas o profesionales (auxiliares administrativos, contables, agentes comerciales, y personal de almacén) tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible del período siempre que se cumplan los requisitos de inscripción contable correlación de ingresos y gastos, imputación con arreglo a devengo y justificación documental y siempre que se valoren a valor de mercado con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 de la LIS de 2004”; así como cuando el cargo de administrador sea remunerado estatutariamente será fiscalmente deducible como gasto, en la medida en que el sistema de remuneración cumpla con lo establecido en la LSC de 2010.

vinculada y las operaciones entre partes vinculadas (en nuestro caso, la remuneración que cobra el administrador y paga la sociedad) deben ser valoradas por su valor normal de mercado, de acuerdo con la LIS de 2004. Esto es, hemos defendido la deducibilidad fiscal de las remuneraciones satisfechas a los administradores al margen del ordenamiento mercantil, siempre que se cumpla con los requisitos de la norma fiscal, quedando superada la doctrina del vínculo y su equivalencia de funciones. La diferenciación de las funciones ejercidas por el administrador en ejecutivas y no ejecutivas y su distinto régimen de remuneración nos conduce a su admisión como gasto fiscal con independencia de que haya o no reserva estatutaria.

En consecuencia, la remuneración liquidada a los administradores es una operación vinculada y su efecto principal es la valoración de la misma a valor normal de mercado, sin implicaciones con el orden mercantil. Desde esa perspectiva, la norma fiscal protege la transparencia y la proporcionalidad de la remuneración que busca la LSC de 2010 mediante la valoración por su valor de mercado ante operaciones entre partes relacionadas en el ámbito de vinculación determinado⁶¹⁰. De igual modo que las prestaciones de servicios (asesoramiento profesional o compensaciones por los gastos sufridos) realizadas por el administrador para la sociedad al margen del ejercicio de las funciones propias del cargo son estimadas como vinculadas y valoradas a mercado, interpretamos que cuanto menos las funciones ejecutivas (gestión de dirección) deben ser examinadas bajo el mismo criterio.

De hecho la DGT va más allá y sugiere interpretar que para el caso de gratuidad del cargo de administrador el valor de mercado de referencia es precisamente ese, cero. Así, en la resolución CV núm. V0439-14, de 18 de febrero de 2014, apunta la vinculación existente entre la sociedad y administrador (y socio) “con arreglo a lo dispuesto en el art. 16.3 de la LIS de 2004, la retribución pactada debe estar valorada a valor de mercado”, ya que nos referimos a una operación vinculada que se valorará por su valor normal de mercado. La resolución administrativa prosigue afirmando que la remuneración será considerada gasto fiscalmente deducible en el IS, si cumple con los requisitos de la norma fiscal “y siempre que estén debidamente valoradas a valor de

⁶¹⁰ Aunque nos emplazamos a los apartados 6.1. y 6.5. de la evolución normativa mercantil y el sistema de remuneración, respectivamente, sobre la remuneración de los administradores y como el texto refundido de la LSC de 2010 encuentra respuesta a esos límites con el principio de proporcionalidad razonable de la remuneración del art. 217.4 de la LSC de 2014.

mercado”. Y concluye que “dado que el cargo de administrador es gratuito, el gasto correspondiente a la remuneración pactada (...) (es) una mera liberalidad, en los términos dispuestos en el art. 14.1.e) de la LIS de 2004”⁶¹¹.

En este caso, si la gratuidad del cargo de administrador trae a colación un valor de mercado cero, según la Administración; entonces nos preguntamos si se admitiría que en el IRPF no se impute renta alguna por ello. Cuestión que nos atrevemos a responder negativamente. Lo cierto es que si en el IS no es gasto para la sociedad esas remuneraciones satisfechas al margen de los estatutos sociales, discrepamos que sean ingreso para el administrador en el IRPF precisamente las mismas cantidades. La LIS de 2004 dispone que “la valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el IRPF (...) de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado”⁶¹², es decir, el valor que le suponga la Administración a la remuneración por ser el cargo gratuito no puede suponer una tributación superior en el IRPF a la efectivamente derivada de la operación vinculada para los sujetos intervinientes.

Por el contrario, desde la posición del administrador la remuneración que obtiene por las funciones ejercidas en el cargo se califica como rendimientos del trabajo en el IRPF, con independencia de la naturaleza de la relación mercantil o laboral y del cumplimiento de los requisitos mercantiles. Esta posición nos parece razonable a la luz de los arts. 13 de la LGT y 31 de la CE y que ya hemos utilizado (ambos preceptos) en nuestra argumentación para la defensa de la deducibilidad fiscal de la remuneración en el IS. Tampoco ha suscitado controversia alguna las remuneraciones percibidas por la prestación de servicios al margen de su condición de administrador, dónde son calificadas como rendimientos del trabajo o de actividad económica y sujetas a

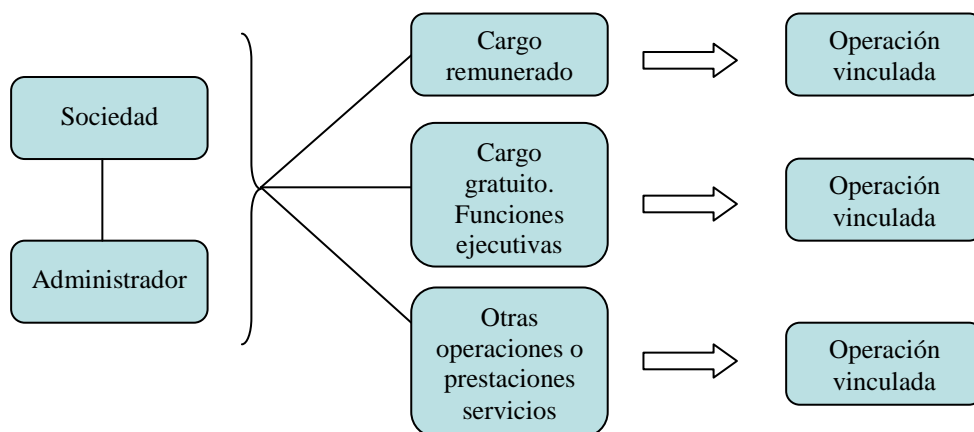
⁶¹¹ En esta consulta, resuelve la calificación de las rentas percibidas por un presidente de un consejo de administración y socio, en concepto de pensión de jubilación, como rendimientos del trabajo en el IRPF y la no deducibilidad para la sociedad pagadora de ese gasto soportado en el IS por ser el cargo de administrador no remunerado. En idéntico parecer encontramos la CV núm. V2978-14, de 4 de noviembre de 2014, no admitiéndose la deducción fiscal del gasto por remuneraciones satisfechas por las funciones de administrador y de gerencia (o de alta dirección), que son absorbidas por las anteriores, dado que los estatutos de la sociedad consultante disponen que el cargo de administrador es gratuito, “en la medida en que superan el límite establecido por los estatutos (que es nulo)”.

⁶¹² Así lo establece el párrafo segundo del art. 16.1.2º de la LIS de 2004 sobre operaciones vinculadas. Aunque recordemos la Nota núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012, del Departamento de Gestión Tributaria, de modo que la calificación como rendimiento del trabajo en el IRPF de las remuneraciones percibidas por los administradores es independiente de que sean o no deducibles en el IS.

tributación por el IRPF⁶¹³. En ambos casos, consideramos que son operaciones vinculadas y su valoración de conformidad con los importes que se habrían acordado entre partes independientes (valor normal de mercado).

En definitiva, reiteramos nuestra reprobación sobre la circunstancia que las remuneraciones sin constancia estatutaria no sean consideradas gastos fiscalmente deducibles en el IS, ni valoradas como una operación vinculada (que lo son) y, en cambio, se imputen al administrador que las percibe como rendimientos del trabajo en el IRPF sin objeción alguna por ser contrarias al ordenamiento mercantil y por el valor normal de mercado que se les dé a las mismas; lo que por ende se trata, a nuestro entender, de un problema de doble imposición⁶¹⁴.

Seguidamente de manera práctica apuntamos las situaciones que proponemos respecto de las remuneraciones desembolsadas por la sociedad al administrador (relación vinculada) como una operación vinculada y, claro está, su valoración a valor normal de mercado, dentro de la LIS de 2004:



Esquema 10: La remuneración como una operación dentro del ámbito de vinculación.

Fuente: elaboración propia.

⁶¹³ En el próximo capítulo 8 examinaremos la calificación de las remuneraciones percibidas por los administradores en el IRPF como rendimientos del trabajo y como rendimientos de actividad económica.

⁶¹⁴ En la sección c) de reflexiones personales del apartado 7.2.2. sobre los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto, hemos sopesado la situación de la doble imposición que, por cierto, es contraria a la posición que defendemos; es decir, para la sociedad pagadora las remuneraciones son un gasto deducible en el IS y para el administrador que las recibe son ingresos imputables en su IRPF.

Para finalizar con este apartado podemos concluir que las remuneraciones reembolsadas a los administradores por el desempeño de las funciones del cargo (ejecutivas y no ejecutivas) y por la prestación de servicios al margen de esas funciones serán consideradas, en nuestra opinión, como una operación vinculada, dada la relación sociedad-administrador de vínculo que define la propia norma fiscal. Si existe gratuidad en el cargo, y superada la teoría del vínculo con la separación de funciones que venimos defendiendo, cuánto menos abogamos por incluir en el supuesto de operaciones vinculadas las funciones ejecutivas. Y como tales operaciones pueden ser valoradas a su valor de mercado, o dicho de otra forma, estimar valores comparables por personas independientes en condiciones de libre competencia.

b) El planteamiento con la actual LIS de 2015.

La entrada en vigor de la LIS de 2015 presenta modificaciones relevantes⁶¹⁵ y, entre ellas, queremos destacar para el interés de este punto a tratar las relativas al régimen de operaciones vinculadas. En esta materia se han producido principalmente cuatro novedades como: la simplificación de la documentación exigida, la limitación de los supuestos de vinculación, los cambios en las reglas sobre valoración de las operaciones y un régimen sancionador menos oneroso⁶¹⁶. Conviene recalcar que nuestro estudio no tiene por objeto la normativa especial de las operaciones vinculadas y por ello sólo apuntaremos los aspectos que mejoren la comprensión de la incidencia fiscal sobre la teoría del vínculo, que es lo que nos incumbe.

⁶¹⁵ Recordemos que la LIS de 2015 entró en vigor el día 1 de enero de 2015 y será de aplicación a los períodos impositivos que se inicien a partir de la citada fecha. Aunque en el desarrollo de este capítulo 7 hemos hecho referencia a algunas de las novedades (como por ejemplo, el principio del devengo contable de los ingresos y gastos, la deducibilidad fiscal de las remuneraciones o el régimen de operaciones vinculadas), de manera ilustrativa mencionamos las principales variaciones que esta norma aporta en relación con la anterior LIS de 2004, como son: el concepto de actividad económica y de entidad patrimonial; las sociedades civiles con objeto mercantil como nuevo contribuyente; la determinación de la base imponible; el tratamiento de la doble imposición; los tipos de gravamen y los incentivos fiscales.

⁶¹⁶ En la letra e) del apartado III del preámbulo de la LIS de 2015 se mencionan los aspectos más relevantes que afectan al régimen de las operaciones vinculadas y que hemos avanzado en la introducción de esta misma sección 7.3.2. Asimismo, apunta el texto de la norma que “el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento transcendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la UE como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones de Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.”

La normativa sobre operaciones vinculadas está ordenada en el art. 18 de la LIS de 2015 y no se ha solventado la falta de una definición del concepto de operación vinculada, eso sí, determina claramente los supuestos de vinculación entre las personas o entidades. La regla de valoración de las operaciones entre partes vinculadas sigue siendo por su valor de mercado como norma imperativa⁶¹⁷. Entonces podemos lograr definir una operación vinculada como aquella producida entre personas o entidades dependientes entre sí y que podrían acordar por tal operación un precio o contraprestación diferente al que se habría pactado entre personas o entidades independientes, es decir, al valor de mercado. Nótese que el art. 18.1 de la LIS de 2015 menciona la valoración de las operaciones vinculadas, resaltando en la nueva redacción la expresión “valor de mercado” que sustituye a la anterior “valor normal de mercado”. Esta mención la consideramos más afortunada ya que el concepto de “normal” se nos antoja como más indeterminado. Asimismo, el nuevo texto establece que “se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia”, a saber que se ha incorporado, de manera oportuna, la referencia a “que respeten el principio de libre competencia”, mejorando la precedente transcripción “de libre competencia”.

En lo concerniente a nuestro trabajo nos centraremos en el art. 18.2 de la citada norma fiscal sobre los supuestos que incluyen la consideración de personas y entidades como vinculadas y, en concreto, en el apartado b) que determina la relación de

⁶¹⁷ Resulta interesante la aportación de LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 56 a 58, equiparando el concepto de valor de mercado con el de valor razonable que contiene la norma contable (PGC de 2008). Y LAGOS RODRÍGUEZ, M^a. G. y ALCARAZ RUIZ, S.: “*El tratamiento fiscal de las...*”, ob. cit. p. 131, sugieren acertadamente que la normativa contable y la mercantil son coincidentes en su criterio de valoración por el valor razonable (apartado 6 del Marco Conceptual del PGC de 2008 y art. 38 bis del CCom., respectivamente), siguiendo el principio de plena competencia. Así, confirman la existencia de equivalencia del valor razonable y el valor de mercado, de modo que “en caso de que difiera el valor de la operación vinculada del valor razonable, se establecen criterios de contabilización para ajustar las diferencias al criterio económico de la operación, al igual que ocurre con la normativa fiscal y su regulación de los ajustes secundarios.”

La Administración tributaria podrá comprobar las operaciones efectuadas entre partes vinculadas y, en su caso, practicar las correcciones que procedan en las mismas circunstancias que se hubieran acordado entre partes independientes según el principio de libre de competencia (art. 18.10 de la LIS de 2015). Sin embargo, en el párrafo segundo del mismo precepto decreta que “la corrección practicada no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el IRPF (...) de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado”, de igual forma a lo recogido en el anterior art. 16.1.2º de la LIS de 2004. Y aclara que “en aquellas operaciones en las que se determine que el valor convenido es distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las personas o entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia” (art. 18.11 de la LIS de 2015).

vinculación de una sociedad y sus administradores⁶¹⁸. Una importante variación, que no resulta muy acertada, es la exclusión expresa como supuesto de vinculación en el ámbito de relación sociedad-administrador de la remuneración por el ejercicio de sus funciones. A tal fin, el citado precepto determina que se considerarán personas o entidades vinculadas “una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones”⁶¹⁹. De este modo, las remuneraciones que se correspondan por las funciones de administrador como tal (o no ejecutivas) quedan fuera de la consideración de operaciones vinculadas. Mientras que las correspondientes a las funciones ejecutivas (o de alta dirección) no deja claro, a nuestro entender, si quedan o no excluidas de este régimen especial de valoración⁶²⁰.

En otros términos, comprobamos que no existe vinculación en lo relativo a la remuneración por la prestación de funciones que comporta el cargo de administrador⁶²¹. Esto es, con la LSC de 2014 se deduce que están excluidas como operaciones vinculadas las remuneraciones por el ejercicio de las funciones del cargo en su condición de tal, al quedar sujetas a los requisitos legales que dicta la citada norma (art. 217.3 y 4 de la LSC de 2014)⁶²². Lo que significa que la reserva estatutaria recoge las remuneraciones determinadas por las funciones del administrador en su condición de tal, estableciéndose las remuneraciones por funciones ejecutivas fuera de los estatutos sociales. Motivo por el cual creemos que la remuneración por funciones delegables o ejecutivas debería protegerse de abusos y desconfianza mediante el valor comparable de mercado (altos directivos).

⁶¹⁸ Como hemos examinado con anterioridad la LIS de 2004 lo recoge en el art. 16.3.b).

⁶¹⁹ El art. 18.2 de la LIS de 2015 incluye la relación, en modo de *numerus clausus*, de partes vinculadas por lo que para los supuestos que no vengan contenidos expresamente no podemos referirnos como operaciones vinculadas. En particular, la letra b) del citado art. se completa con el párrafo final del apartado dónde apunta que “la mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho”; recordemos que éstos últimos son aquellos (administradores o cargos directivos) que gestionan o realizan funciones ejecutivas para la sociedad con continuidad y permanencia sin tener la apariencia formal o condición de administrador, consúltese el apartado 5.1.5. sobre administrador de hecho y de derecho.

⁶²⁰ Al respecto LAGOS RODRÍGUEZ, M^a. G. y ALCARAZ RUIZ, S.: “*El tratamiento fiscal de las...*”, ob. cit. p. 120, opinan apropiadamente que “se deja al margen la retribución por el ejercicio de sus funciones, ya que no se consideran vinculadas las rentas derivadas de las labores de dirección, control, toma de decisiones y asunción de responsabilidades por el desempeño de dicho cargo societario”.

⁶²¹ Recordemos que hasta ahora no se hacía ninguna excepción sobre las remuneraciones en el tratamiento de las operaciones vinculadas sociedad-administrador.

⁶²² En este sentido, aludimos al importe máximo de remuneración anual por las funciones de administrador en su condición de tal que será aprobado por la junta general (art. 217.3 de la LSC de 2014) y los límites de proporcionalidad razonable con la situación económica de la sociedad, los estándares de mercado comparables y la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad, previstos en el art. 217.4 de la LSC de 2014.

Pero, a nuestro juicio, confirmamos que hasta la efectividad de la LIS de 2015 se aplica la valoración de mercado de la remuneración de los administradores (como operación vinculada que era). Y del mismo modo que hemos interpretado con anterioridad que la remuneración por funciones ejecutivas y no ejecutivas del administrador eran una operación vinculada⁶²³, con la entrada en vigor de la LIS de 2015 la remuneración del administrador por el ejercicio de sus funciones queda excluida del régimen de vinculadas, esto es, tanto la remuneración por una u otras funciones no serán vinculadas y no se les aplicará el valor de mercado (como regla de valoración). Si bien, criticamos que no se conserve la valoración de mercado para los dos regímenes de remuneración para así proteger la transparencia y proporcionalidad razonable que se le supone a la remuneración de los administradores, pero desde el ámbito fiscal sin implicaciones con el orden mercantil.

A partir de entonces, esto supone el fin del debate sobre la aplicación del valor de mercado a las remuneraciones satisfechas a los administradores, al margen de su constancia estatutaria o no, y la reconsideración, una vez más, de la teoría del vínculo del TS. Cuestión distinta son otras operaciones como pueden ser las prestaciones de servicios profesionales, las ventas o las compras de inmovilizados (bienes), por poner algún ejemplo, que seguirán siendo operaciones vinculadas y se valorarán a valor de mercado.

En este punto, LUCENA GRACIA nos aporta dos casos prácticos sobre el régimen de las operaciones vinculadas y su aplicación a las remuneraciones que consideramos convenientes para una mejor comprensión y que los hacemos nuestros⁶²⁴:

- Caso 1. Una persona física administrador de una sociedad dedicada a la actividad de servicios de seguridad, no teniendo el administrador ninguna

⁶²³ Consúltense la letra a) de este apartado sobre la situación dada antes de la LIS de 2015.

⁶²⁴ Véase LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 48 y 49. Por su parte, la DGT empieza a regirse por los arts. 15.e) y 18 que dicta la LIS de 2015, así entre otras tenemos, la CV núm. V3788-15, de 30 de noviembre de 2015, que admite la deducibilidad como gasto en el IS de la remuneración percibida por el administrador en el ejercicio de las funciones del cargo y de la retribución por los servicios profesionales prestados a la sociedad. Además, en esta última retribución por servicios resulta procedente aplicar las reglas de valoración de las operaciones vinculadas (valor de mercado); la CV núm. V1040-16, de 15 de marzo de 2016; la CV núm. V1735-16, de 20 de abril de 2016; la CV núm. 1799-16, de 22 de abril de 2016; y la CV núm. 3106-16, de 5 de julio de 2016.

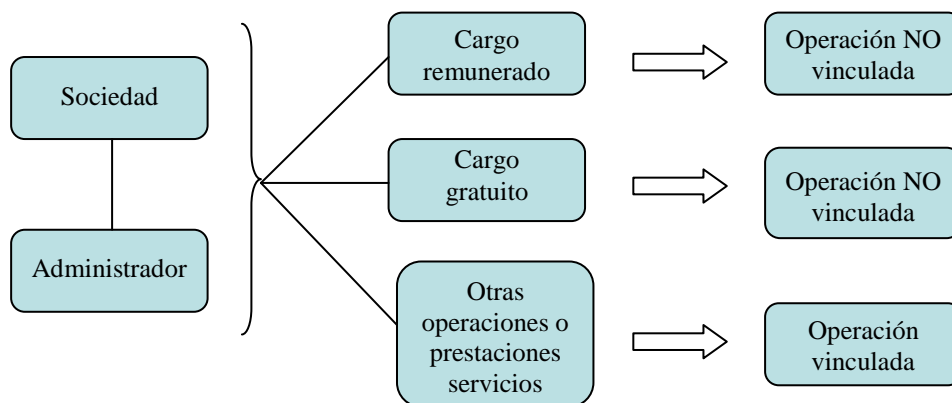
participación en la sociedad. Las remuneraciones que percibe son por el cargo de administrador, no obteniendo ningún otro tipo de rentas.

Solución. De acuerdo con el art. 18.2.b) de la LIS de 2015 no se aplica el régimen de operaciones vinculadas por las remuneraciones del cargo de administrador.

- Caso 2. Una persona física es socio único y administrador de una sociedad que se dedica a la actividad de arquitectura. Además esa persona realiza una serie de trabajos profesionales a su sociedad por los cuales emite las facturas correspondientes y también recibe remuneraciones por el cargo de administrador, no obteniendo otro tipo de rentas.

Solución. Distinguimos entre las operaciones profesionales que están dentro de los supuestos de vinculación como es el art. 18.2.b) y, por lo tanto, se aplicará la normativa sobre operaciones vinculadas; y las remuneraciones del cargo de administrador que están excluidas por el mismo citado precepto.

A modo de conclusión, resumimos la situación como queda con la LIS de 2015 al ya no ser considerada la remuneración al administrador por sus funciones como operación vinculada y con la que no estamos muy conformes:



Esquema 11: La remuneración excluida de los supuestos de operación vinculada.

Fuente: elaboración propia.

Para terminar recogemos en la siguiente tabla la comparativa del régimen especial de las operaciones vinculadas antes y después de la actual LIS de 2015 en sus aspectos más destacados:

	LIS de 2015	LIS de 2004
Concepto	Falta de definición expresa.	Falta de definición expresa.
Valoración	<ul style="list-style-type: none">- A valor de mercado.- Principio libre competencia.	<ul style="list-style-type: none">- A valor normal de mercado.- Condiciones libre competencia.
Supuestos vinculación	<ul style="list-style-type: none">- Perímetro vinculación socio-sociedad 25 %.- Exclusión remuneraciones administrador por ejercicio de sus funciones.	<ul style="list-style-type: none">- Perímetro vinculación socio-sociedad 5 %.- remuneraciones administrador por ejercicio de sus funciones.
Metodología	Eliminación orden de prelación.	Orden de prelación.
Documentación	<ul style="list-style-type: none">- Específica con excepciones.- Contenido simplificado si cifra negocios neta inferior 45 millones euros, salvo ciertas operaciones.	<ul style="list-style-type: none">- Más exigente.- Umbral de obligación más amplio, salvo excepciones.
Régimen sancionador	Más flexible y menos oneroso.	Estricto y gravoso.

Tabla 1: Las operaciones vinculadas antes y después de la actual LIS de 2015.

Fuente: elaboración propia.

8.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL DEL IRPF.

La realización de las funciones de administrador y la prestación de otros servicios al margen de tal condición suponen para la persona física que las ejerce una contraprestación en forma de remuneración o percepción económica. En este caso, la remuneración satisfecha por la sociedad y percibida por el administrador tiene su relación directa con la tributación en el IRPF para este último. Y es que el IRPF grava las rentas o rendimientos obtenidos por las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español⁶²⁵.

Con anterioridad hemos analizado las consecuencias fiscales para la sociedad de la remuneración de los administradores como gasto en el IS⁶²⁶. Desde este momento, nuestro estudio se ocupa de la otra parte interviniente en la relación jurídica existente entre la sociedad y el administrador (persona física). En el presente capítulo trataremos los aspectos fiscales de las remuneraciones de los administradores de la sociedad pero desde el punto de vista del administrador que las percibe.

Desde esa posición, nos atrevemos a decir que las remuneraciones percibidas se corresponden, con carácter general, por los servicios prestados para la sociedad pero teniendo en cuenta la naturaleza mercantil o laboral de la relación jurídica. A lo largo del presente trabajo de investigación se han podido comprobar los diferentes regímenes de remuneración (y que proponemos) según ya sea por su condición de tal (funciones no ejecutivas), por sus funciones delegables o de alta dirección (funciones ejecutivas) y por otras prestaciones (como servicios profesionales, dividendos o dietas, por ejemplo).

Pues bien, la remuneración de los administradores puede tener diferente calificación conforme a la procedencia y el motivo de esa retribución, originando un tratamiento fiscal distinto en el IRPF, como veremos. Por ello, resulta cuestión transcendental determinar la calificación de las rentas o rendimientos obtenidos por el

⁶²⁵ El IRPF obliga a contribuir por las rentas o ingresos percibidos directamente por las personas físicas mientras que el IS es también un impuesto directo por los rendimientos obtenidos por las personas jurídicas.

⁶²⁶ Véase el capítulo 7 del presente trabajo dónde se analizan la deducibilidad fiscal de la remuneración de los administradores de la sociedad y los efectos de la teoría del vínculo en el IS.

administrador; así el IRPF contiene diferentes tipologías de rendimientos posibles en relación con la actividad realizada como son: los rendimientos del trabajo, los rendimientos de actividades económicas, los rendimientos de capital y las ganancias patrimoniales.

La irrupción de la doctrina del vínculo en el ámbito tributario también afecta al IRPF⁶²⁷, de modo que se plantean dudas sobre la calificación fiscal de los rendimientos que perciben los administradores, la compatibilidad entre sí de distintos rendimientos, las exenciones de tributación (por trabajo en el extranjero, las asignaciones por dietas o indemnizaciones por despido y jubilación) y el tipo de retención a aplicar.

En este sentido, no ha sido pacífica la clasificación de las remuneraciones de los administradores a efectos del IRPF. Prueba de ello ha sido la publicación, a resultas de diversas cuestiones relativas, de un informe aclaratorio por la AEAT en su nota núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012, dónde determina unos criterios sobre la calificación de las rentas percibidas por los socios y administradores de entidades mercantiles a efectos del IRPF⁶²⁸. Se deduce que las remuneraciones recibidas por los administradores si no se consideran rendimiento de actividades económicas podrán considerarse como rendimientos del trabajo.

Pero la realidad empresarial nos enseña que en muchas ocasiones, sobre todo en las PYMES, confluyen en una misma persona la condición de socio, administrador y trabajador en la organización societaria⁶²⁹. La percepción de remuneraciones por una u otra condición tendrá un tratamiento fiscal distinto y supone una enorme complicación para la persona física (y contribuyente a su vez) la calificación de las rentas o rendimientos para su tributación en el IRPF.

⁶²⁷ Recuérdese que la doctrina del vínculo se asoma en el entorno fiscal a raíz de las dos SSTS, que dictan la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), dónde tuvieron sus primeros efectos tributarios en el IS.

⁶²⁸ Analizaremos con mayor detalle más adelante el informe emitido por la AEAT en su nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, sobre “*consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles*”.

⁶²⁹ Supongamos el caso de un transportista que constituye una sociedad y es socio único, administrador único y contrata dos empleados chóferes que junto con él prestan servicios de transportes de mercancías como trabajo principal en la sociedad. O el caso de dos amigos cocineros que crean una sociedad para la explotación de un restaurante, siendo ambos administradores solidarios, y que con la ayuda de empleados camareros se dedican uno a cocinar y el otro a atender el comedor. Son sólo un par de ejemplos reales que la norma fiscal debe facilitar, más si cabe, la calificación de los rendimientos que se perciben por unas u otras funciones.

En este estado de las cosas, se hace necesario catalogar las remuneraciones reconocidas a los administradores por los servicios prestados (funciones de administrador y otros servicios al margen) a la sociedad o, lo que es lo mismo, conceptualizar las remuneraciones abonadas en las relaciones entre el administrador y la sociedad dentro del IRPF.

En el apartado siguiente abordaremos los diferentes tipos de rendimientos que nos recoge la normativa del IRPF, si bien nos limitaremos a los que afectan a nuestro estudio. Más tarde, nos concentraremos en las implicaciones fiscales de las remuneraciones de los administradores como rendimiento del trabajo y como actividad económica, por ser estos dos rendimientos los que generan mayor controversia. Finalmente, concluiremos este capítulo con algunos aspectos concretos que la doctrina del vínculo ha comportado consecuencias tributarias en el ámbito del IRPF, como las asignaciones por dietas, las prestaciones societarias en concepto de jubilación y las retenciones a aplicar a las remuneraciones.

8.1.- LA CALIFICACIÓN DE LA REMUNERACIÓN EN EL IRPF.

En esta sección estudiaremos los conceptos generales del IRPF que consideramos indispensables para comprender lo que supone fiscalmente percibir una remuneración para un administrador. De ahí la importancia de calificar correctamente el rendimiento obtenido por los servicios prestados y someter a gravamen adecuadamente la renta del administrador (contribuyente), característica principal del Impuesto.

Nuestro propósito será delimitar la fiscalidad en el entorno del IRPF de las remuneraciones de los administradores en base a la naturaleza de la relación jurídica con la sociedad. Previamente, a fin de ayudar a la argumentación, nos parece obligado acudir a la calificación tributaria de los hechos o actos realizados para una aplicación correcta de las obligaciones impositivas (art. 13 de la LGT)⁶³⁰ y el tipo de rendimiento.

⁶³⁰ El principio de calificación tributaria está recogido en el art. 13 de la LGT. Al respecto, y acertadamente, suscribe LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. p. 21 que “esta labor de la calificación supone que para el cálculo o aplicación de los impuestos se recurrirá o se realizará sobre la esencia o naturaleza propia de los hechos que se trate, independientemente de que las partes les hayan otorgado o acuerden unas determinadas formas”.

Además, las obligaciones tributarias y sus elementos (acreedor y deudor tributario, hecho imponible y deuda tributaria) no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares (art. 17 de la LGT)⁶³¹. De este modo, la clasificación de las remuneraciones recibidas por el administrador se separará por la esencia o condición de los servicios (laborales, profesionales, mercantiles y otras prestaciones) que ha realizado éste para la sociedad según la norma fiscal y no por lo que hayan acordado las partes (sociedad y administrador)⁶³².

Veamos a continuación los elementos característicos y conceptuales del IRPF, de manera sucinta, con la finalidad de poder examinar cada operación o negocio jurídico y clasificarlos. Así, llegaremos a la correcta calificación de la remuneración de los administradores con arreglo a la realidad económica o jurídica de la relación sociedad-administrador.

8.1.1.- Aproximación conceptual.

Nos parece apropiado comenzar este apartado con una cuestión conceptual del IRPF sobre los términos utilizados de renta y rendimiento. Entendemos que esta previa aclaración legal aportará una mejor comprensión al análisis de esta sección. Siguiendo el Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español (conocido como Informe LAGARES) de 26 de febrero de 2014⁶³³, en su capítulo II trata de la reforma del IRPF y puntualiza convenientemente que “desde un punto de vista

⁶³¹ El art. 17 de la LGT determina la relación jurídico-tributaria, de modo que se entiende por aquella “el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos”.

⁶³² Supongamos por ejemplo, una persona física que es socio único y administrador único de una sociedad y que obtiene ingresos en concepto de nómina, acordando que son rendimientos del trabajo. En este caso, lo adecuado es calificar esos rendimientos según el carácter de los servicios que ha realizado para la sociedad, esto es, si ejerce funciones de administrador o presta otros servicios profesionales.

⁶³³ Por acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de julio de 2013 se constituyó la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español, cuya presidencia recayó en el eminente profesor LAGARES CALVO, que elaboró un Informe concluido el 26 de febrero de 2014 y se publicó el 14 de marzo de 2014. Los motivos de la reforma son contribuir a la consolidación fiscal, ayudar a la recuperación económica y a la creación de empleo. Por ello, el Informe dictamina una serie de propuestas y medidas con el objetivo de favorecer un sistema tributario de mayor simplicidad que el existente entonces, que asegure la suficiencia y favorezca el desarrollo económico y social. El Informe realiza un análisis del sistema tributario siguiendo las recomendaciones de la UE, el FMI y la OCDE, incluyendo tanto los impuestos como las cotizaciones sociales, y así confeccionar un conjunto de propuestas de reforma. El Informe de la Comisión de Expertos puede consultarse en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>, consulta realizada el 31 de mayo de 2017.

económico la renta es una magnitud única y global, producto de la integración de diversos rendimientos y otras posible partidas, atribuible a un determinado sujeto”, entendiéndose por sujeto a un individuo en particular, a una familia o a un país en su conjunto. Y prosigue el Informe que “desde un punto de vista tributario la renta expresa la capacidad total de un individuo o familia para soportar un impuesto e incluye todos sus rendimientos más las ganancias y pérdidas patrimoniales (...)”. Por su parte, continúa el dossier de propuestas que “los rendimientos son el producto económico que se obtiene de la aplicación del trabajo o del capital a una actividad económica o de la utilización conjunta de ambos factores en una actividad de esa naturaleza”. Compartimos esa propuesta de la Comisión, y que la LIRPF⁶³⁴ debería mejorar, sobre la diferenciación de vocablos para el mejor entendimiento del contribuyente.

Como ya avanzamos *supra* el IRPF somete a tributación la renta, esto es, la totalidad de los rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales, obtenida por las personas físicas⁶³⁵. Precisamente el objeto y el hecho imponible del impuesto son la renta y su obtención, respectivamente. La persona física o contribuyente⁶³⁶ puede

⁶³⁴ El Informe LAGARES originó varias reformas en el sistema tributario español, entre otras, la modificación de la LIRPF mediante la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, donde se minoró la carga tributaria soportada por los contribuyentes, incrementado su renta disponible; se suprimen algunos incentivos fiscales (como las deducciones estatales por alquiler y la reducción de los coeficientes en las actividades económicas) y se fomenta el ahorro a largo plazo. Por lo tanto, tal y como apunta en su Preámbulo, “la familia, los trabajadores por cuenta ajena y propia y el ahorro constituyen los tres pilares vertebradores de la reforma del impuesto”.

⁶³⁵ El IRPF es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las personas físicas, según los principios de igualdad, generalidad y progresividad, y de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares. La regulación básica se encuentra recogida en la LIRPF y en el RIRPF; y la noción de un impuesto personal con las características actuales se remonta a la reforma tributaria de 1978, con la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, ya no vigente y que, a su vez, derogó al Decreto 3358/1967, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas. El período impositivo, con carácter general, coincide con el año natural y su devengo será el 31 de diciembre de cada año (arts. 12 y 13 de la IRPF). La regla general de imputación de la renta se produce en el momento en que es exigible (devengo), si bien los criterios de imputación por la clase de renta se establecen en el art. 14.1 (regla general) y 14.2 (reglas especiales) de la LIRPF.

⁶³⁶ Entendemos por contribuyente del IRPF las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español (arts. 8 a 10 de la LIRPF) y que obtengan la renta sujeta y no exenta de gravamen. En nuestro trabajo será el administrador que recibe las remuneraciones por los servicios prestados a la sociedad y que deberá tributar por esa renta.

El tratamiento fiscal del contribuyente y la familia en el IRPF ha sido examinado de modo muy didáctico y enriquecedor por FERNÁNDEZ CABANILLAS, F. J.: “*IRPF y familia en España: reflexiones ante la reforma*”, en Documentos núm. 8, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pp. 1 a 34, suscribiendo el concepto de unidad contribuyente como “persona o personas cuya capacidad económica ha de quedar sometida a tributación”. También, resulta interesante el trabajo publicado por GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, M. y LÓPEZ LÓPEZ, M^a T.: “*El IRPF en España: aspectos y evolución de la tributación familiar*”, en Anuario jurídico y económico escorialense, núm. 46, Ed. Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, Madrid, 2013, pp. 363 a 398, sobre la unidad contribuyente en el IRPF, desde una perspectiva de la capacidad económica de la familia.

percibir rentas de diferentes orígenes o procedencias que la LIRPF clasifica en categorías o componentes de la renta, como son⁶³⁷:

- Los rendimientos del trabajo.
- Los rendimientos del capital.
- Los rendimientos de actividades económicas.
- Las ganancias y pérdidas patrimoniales.
- Las imputaciones de renta⁶³⁸.

La determinación de los componentes de la renta mencionados y su cuantificación constituyen las bases imponibles del IRPF⁶³⁹. Conviene advertir que como no es propósito del presente trabajo de investigación profundizar en la configuración del

⁶³⁷ El art. 6 de la LIRPF contiene el hecho imponible, cuya realización origina la obligación tributaria, y relaciona los componentes que forman la renta del contribuyente. Ello conlleva la individualización de las rentas, es decir, “la renta se entenderá obtenida por los contribuyentes en función del origen o fuente de aquella, cualquiera que sea, en su caso, el régimen económico del matrimonio” art. 11.1 de la LIRPF.

⁶³⁸ Las imputaciones de renta se establecen por ley, como por ejemplo: inmobiliarias (art. 85 de la LIRPF), por la cesión de derechos de imagen (art. 92 de la LIRPF) y en el régimen de transparencia fiscal internacional (art. 91 de la LIRPF).

Desde otro punto de vista, resulta interesante el art. de URQUIZU CAVALLÉ, A.: “*La tributación de las rentas obtenidas por personas físicas en China: delimitación, calificación y perspectiva jurídica*”, en revista Tribuna Fiscal, núm. 257, Ed. Ciss Praxis, 2012, pp. 21 a 31.

⁶³⁹ Con respecto a la capacidad económica del contribuyente para tributar, la base imponible al fin y al cabo, MARÍN BENÍTEZ, G.: “*A propósito de la reforma del IRPF*”, en Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 16, Ed. Dykinson, Madrid, enero-abril 2007, p. 18, apuesta con acierto porque sea “la renta que excede de aquella que le permite cubrir las necesidades básicas tanto propias como de aquellos miembros de su familia que dependen de él. Tan justo como evidente que con un mismo nivel de ingresos, la capacidad económica de un contribuyente es menor cuanto mayores sean sus cargas familiares.” En este sentido, no seríamos justos sin destacar al profesor LAGARES CALVO (presidente de la Comisión para la Reforma del IRPF para los años 1998 y 2002) que ha venido defendiendo que el IRPF determine la capacidad económica a contribuir en base a la renta realmente disponible, una vez cubiertas las necesidades básicas como alimentación, ropa, vivienda, salud y educación; véase al respecto el interesante y crítico art. de LAGARES CALVO, M. J.: “*Una nueva reforma del IRPF*” en Cuadernos de Información económica, núm. 190, Ed. Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, enero-febrero 2006, pp. 45 a 70.

El IRPF se estructura como un impuesto dual, dado que se establecen dos tipos de rentas y de bases imponibles: la general y la del ahorro (art. 15 de la LIRPF), aunque con una tributación diferenciada.

El método general de determinación de la base imponible es el de estimación directa (art. 16.1 de la LIRPF), basado en las declaraciones y en los datos aportados de los propios contribuyentes. Mediante este método se pueden cuantificar los distintos componentes de la base imponible, por diferencia entre los ingresos reales y los gastos necesarios (y deducibles) para aquellos. Cuando se trate de actividades económicas, el cálculo del rendimiento que se integrará en la base imponible general, admite dos métodos (art. 16.2 de la LIRPF): estimación directa (modalidades normal y simplificada) y estimación objetiva (para determinadas actividades económicas siguiendo las normas reglamentarias que se establezcan). Al igual que comentamos en el IS, con carácter subsidiario, existe el método de estimación indirecta (art. 16.3 de la LIRPF) y se aplicará de conformidad con lo dispuesto en la LGT.

IRPF, dejamos constancia solamente a los efectos del cálculo del Impuesto que las categorías de la renta del contribuyente formarán, a su vez, dos grandes grupos⁶⁴⁰:

- Renta general, conformada por los rendimientos del trabajo, del capital inmobiliario, del capital mobiliario (no incluidos en la renta del ahorro), de actividades económicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales que no procedan de la transmisión de elementos patrimoniales y las imputaciones de renta; y
- Renta del ahorro, constituida por los rendimientos del capital mobiliario y las ganancias y pérdidas patrimoniales por la transmisión de elementos patrimoniales.

Por tanto, las rentas que forman parte de la renta general integrarán la base imponible general, mientras que las de la renta del ahorro sumarán la base imponible del ahorro⁶⁴¹. Y Con la delimitación de las bases se concluye la primera etapa de la liquidación del IRPF⁶⁴².

En una segunda, y última, etapa se procede a la valoración o cuantificación del IRPF, a saber, la aplicación de la escala progresiva y los tipos de gravamen a las bases anteriormente determinadas⁶⁴³; cuyo resultado será la deuda tributaria del IRPF⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ El art. 44 de la LIRPF clasifica las rentas del contribuyente como renta general y renta del ahorro para el cálculo del Impuesto. Por su parte, la renta general queda contemplada en el art. 45 de la LIRPF y la renta del ahorro en el art. 46 de la misma Ley.

⁶⁴¹ Los arts. 48 y 49 de la LIRPF, respectivamente, establecen la base imponible general y del ahorro.

⁶⁴² La aplicación de ciertas reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento y por pensiones compensatorias a las bases imponibles general y del ahorro, constituirán las bases liquidables general y del ahorro (art. 50 de la LIRPF).

⁶⁴³ La Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, eleva el porcentaje de cesión del IRPF al 50% y atribuyendo a las CCAA competencias normativas como: la regulación de la escala autonómica aplicable a la base liquidable general, el importe del mínimo personal y familiar destinado para el cálculo del gravamen autonómico y la instauración de ciertas deducciones (por nacimiento de hijos, por ayuda de material escolar, por arrendamiento de vivienda habitual, por poner algunos ejemplos); véase el art. 46 de la citada norma.

Como consecuencia del alcance de esas competencias normativas en el IRPF, se distingue entre las escalas estatal y autonómica y los tipos de gravamen estatal y autonómico.

⁶⁴⁴ A estos efectos, hay que tener en consideración las circunstancias personales y familiares del contribuyente (art. 56 del IRPF) y las deducciones (estatales y autonómicas), así obtenemos las cuotas íntegras y líquidas estatales y autonómicas. Por último, el proceso de liquidación acaba con el cálculo de la cuota diferencial, derivada de la suma de las cuotas líquidas anteriores y en comparación con las cantidades pagas por adelantado, a través de retenciones y pagos a cuenta (art. 79 de la LIRPF).

De cuanto hemos comentado y volviendo al tema que nos trae causa este apartado del trabajo, el administrador societario (contribuyente del IRPF) por la remuneración recibida (hecho imponible) debe clasificar esa renta para determinar su base imponible sujeta a gravamen. *Ergo*, se nos hace necesario calificar la remuneración de los administradores según la procedencia dentro de los tipos posibles que nos ofrece el IRPF, y a ello dedicaremos la sección siguiente.

8.1.2.- La calificación de la remuneración de los administradores.

Llegados a este punto nos atrevemos a calificar las rentas (o remuneraciones) obtenidas por el administrador en su relación jurídica con la sociedad, en función de los posibles rendimientos que nos presenta el IRPF. Veámoslos seguidamente cada uno de ellos de manera sucinta y conceptual para luego detenernos, en el próximo apartado, en las categorías de renta más controvertidas y de interés para nuestro estudio, como son los rendimientos del trabajo y los de actividades económicas.

a) Rendimientos del trabajo.

El principal origen de los ingresos declarados en el IRPF por los contribuyentes proviene de los rendimientos obtenidos por el trabajo, por ello es importante acotar una correcta calificación⁶⁴⁵. De acuerdo con la LIRPF podemos clasificar los rendimientos del trabajo en dos:

- Por su propia denominación o naturaleza, es decir, todas las contraprestaciones que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de una relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas⁶⁴⁶; y

⁶⁴⁵ Consúltese el Informe anual de recaudación tributaria 2015, emitido por la AEAT, disponible en http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2015/IART15.pdf, consultado el día 31 de mayo de 2017.

⁶⁴⁶ El art.17.1 de la LIRPF delimita los rendimientos del trabajo por su naturaleza, con independencia de que sean dinerarios o en especie, fijos o variables. En esta noción encontramos por ejemplo, los sueldos, los incentivos, las prestaciones por desempleos, los gastos de representación y las dietas.

- Por expresa mención legal, esto es, una serie de rendimientos y prestaciones que tendrán la consideración como del trabajo por mandato legal⁶⁴⁷.

Con acierto, LUCENA GRACIA subraya que las remuneraciones de los administradores las ubicamos dentro de los rendimientos del trabajo aún en el caso de “dos situaciones tan diferentes como son cuando exista una relación laboral o una de carácter mercantil”⁶⁴⁸. Y añadimos oportunamente que tanto las remuneraciones satisfechas por la gestión social (funciones no ejecutivas o indelegables) como las percibidas por la gestión de empresa (funciones ejecutivas o delegables) se contemplan dentro de la categoría de rendimientos del trabajo para el administrador.

Precisamente uno de los aspectos más controvertidos (y criticable) es la falta de afinidad entre el concepto de rendimientos del trabajo en el IRPF y el concepto de

⁶⁴⁷ El art. 17.2 de la LIRPF considera expresamente como rendimientos del trabajo las prestaciones derivadas de los sistemas de previsión social, las retribuciones procedentes de una relación laboral de carácter especial (como deportistas profesionales o personal laboral de alta dirección), las remuneraciones de los administradores y miembros de los consejos de administración y demás miembros de otros órganos representativos (por ejemplo, sociedades mercantiles, colegios oficiales profesionales o federaciones deportivas) y las prestaciones entre familiares (pensiones compensatorias y anualidades por alimentos), entre otras.

No obstante, hay rendimientos del trabajo personal que pueden ser calificados excepcionalmente como de actividades económicas, tales es el caso de los representantes del comercio y los artistas en espectáculos públicos, siempre que los rendimientos derivados supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, aunque no asuman el riesgo y ventura de las operaciones en que participen o como también soportar los gastos necesarios para ejercer su actividad como si de un profesional o empresario se tratara (art. 17.3 de la LIRPF).

Así, por ejemplo, los deportistas profesionales que practican el deporte por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de un club, recibiendo una remuneración por ello, éstas deben considerarse como rendimientos del trabajo. La DGT en consulta núm. 1916-01 de 25 de octubre de 2001, relativa a cuestiones relacionadas con la tributación de los deportistas, aclara que también constituyen rendimientos del trabajo las remuneraciones que perciben los deportistas de las federaciones nacionales o autonómicas por participar en las selecciones respectivas o en eventos organizados por las mismas. Por el contrario, aquellos deportistas que sólo reciben de un club compensaciones de gastos, o realizan actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos deben calificarse como de actividad económica de carácter profesional. Más aún, la DGT resuelve en la consulta núm. 2037-01 de 14 de noviembre de 2001, que la calificación de los rendimientos de un representante de comercio, genéricamente como rendimientos del trabajo, proceden, en este caso, de una actividad económica profesional pues la obtención de las comisiones (rendimientos) exige la realización de una serie de gastos, lo que comporta la ordenación por cuenta propia de éstos. También, la DGT en la CV núm. V2064-12 de 29 de octubre de 2012, sobre los honorarios satisfechos a un matador de toros, determina que el hecho de que los matadores de toros y novilleros contraten a su cuadrilla y asuman por ello, respecto de los integrantes de la misma, la condición de empleador, todo ello con la finalidad de intervenir en un espectáculo público, comporta la existencia de la ordenación por cuenta propia necesaria para calificar los rendimientos obtenidos como derivados de una actividad económica; en igual sentido, encontramos la CV núm. V0226-13 de 28 de enero de 2013.

⁶⁴⁸ De modo similar LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 116 a 119, revisa las posibles calificaciones que pudieran recibir las remuneraciones percibidas por los administradores de la sociedad de acuerdo con el art. 6 de la LIRPF.

relación laboral propio del Derecho laboral⁶⁴⁹. De esta manera, en su art. 17, la LIRPF califica como rendimientos del trabajo retribuciones que no son consecuencia de una relación laboral, tal es el caso del personal estatutario, de los cargos políticos o de los miembros de los órganos de administración representativos de entidades mercantiles y de otro tipo, como colegios profesionales o federaciones deportivas, entre otras.

En consecuencia, avanzamos que la remuneración de los administradores será calificada como rendimiento del trabajo en una relación (sociedad-administrador) de naturaleza laboral, común o de alta dirección, y en una relación de vínculo mercantil, atendiendo a lo establecido en el art. 17.1 y 2.e) de la LIRPF, respectivamente⁶⁵⁰. Ahora bien, lo determinante es considerar que las retribuciones por estas relaciones no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas para así calificarlas como del trabajo. Así, por ejemplo, si el administrador y socio, a su vez, presta otros servicios (como podrían ser los profesionales) a la sociedad los rendimientos obtenidos serán catalogados como de actividades económicas (art. 27 de la LIRPF). Sobre estas cuestiones, la teoría del vínculo y la delimitación en uno u otro tipo de rendimientos volveremos en el apartado 8.2 del presente Capítulo.

Para terminar, las remuneraciones clasificadas como rendimientos del trabajo tendrán la valoración que dicta el art. 6.5 de la LIRPF, es decir, se presumen retribuidas, excepto prueba en contrario. Así pues, se refiere a la presunción de onerosidad efectuada al valor de mercado de acuerdo con el art. 40.1 de la LIRPF, aunque considerando que estamos ante un supuesto de operación vinculada (relación sociedad-administrador) el art. 41 de la LIRPF nos remite a la LIS de 2015 para su valoración. Recordemos que las remuneraciones por el ejercicio de las funciones de administrador están excluidas expresamente como supuesto de vinculación, no existiendo la obligatoriedad de valorarlas a valor de mercado⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ El art. 1.1 del ET establece el ámbito de aplicación de la relación laboral con los requisitos exigibles de dependencia y ajenidad. Como curiosidad destacar que la propia AEAT, en su nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, sobre el tratamiento fiscal y la calificación de las remuneraciones de los socios de entidades mercantiles en el IRPF, reconoce la falta de sintonía entre los conceptos de rendimiento del trabajo en el IRPF y de relación laboral propio de la normativa laboral.

⁶⁵⁰ Como también considérese la propuesta de separación de funciones que hemos tratado y defendemos en la sección 5.5.1. sobre la naturaleza de la relación sociedad-administrador y que se resume en el esquema 2.

⁶⁵¹ Pese a que la norma del IRPF estima los rendimientos del trabajo calculados por el valor de mercado (art. 40.1 de la LIRPF), el art. 41 de la LIRPF nos remite a la LIS de 2015 para el caso de operaciones vinculadas, que nos descarta como caso de vinculación la remuneración de los administradores por el

b) Rendimientos del capital.

Esta categoría de la renta que contiene el IRPF engloba a los rendimientos del capital tales como los procedentes de los bienes inmuebles (art. 22 de la LIRPF) y los procedentes del capital mobiliario (art. 25 de la LIRPF). De esta forma, la calificación de las rentas que se consideran rendimientos del capital serán la totalidad de las contraprestaciones que provengan directa o indirectamente de elementos patrimoniales (bienes o derechos) siempre que⁶⁵²:

- La titularidad corresponda al contribuyente; y
- No se hallen afectos a actividades económicas realizadas por el contribuyente.

Para nuestro trabajo de investigación entendemos que la calificación que nos debe ocupar será la relativa a las remuneraciones percibidas por los administradores en concepto de rendimientos del capital mobiliario. Y en concreto, los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad que menciona el art. 25.1 de la LIRPF⁶⁵³. Es necesario puntualizar expresamente que, en ningún caso, los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad tendrán la consideración de elementos patrimoniales afectos a una actividad económica (art. 29.1.c) de la LIRPF).

En consecuencia, la remuneración percibida por el administrador la incluiremos en esta categoría de renta si aquel tiene participaciones en los fondos propios de la sociedad y, por lo tanto, la cantidad recibida será clasificada como rendimientos del

ejercicio de sus funciones y, por ende, no se le aplicará la presunción de valor de mercado con carácter preceptivo. Al respecto, véase el apartado 7.3.2 sobre el régimen de las operaciones vinculadas y la teoría del vínculo.

⁶⁵² El art. 21 de la LIRPF determina la definición de rendimientos del capital, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie. En todo caso, se incluirán los rendimientos derivados de los bienes inmuebles (el arrendamiento de tales inmuebles o derechos reales y la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre aquellos) y los del capital mobiliario (por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, por la cesión a terceros de capitales propios, por las operaciones de capitalización, de contratos de seguro de vida o invalidez y de rentas derivadas de la imposición de capitales y por otros rendimientos del art. 25.4 de la LIRPF).

⁶⁵³ El art. 25.1 de la LIRPF incluye dentro de esta categoría los siguientes rendimientos, dinerarios o en especie, como: los dividendos; las primas de asistencia a juntas; las participaciones en los beneficios; los procedentes de cualquier clase activos, excepto la entrega de acciones liberadas, por causa distinta de la remuneración del trabajo personal; los de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre los valores o participaciones representativas; la distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones; y como norma de recogida se incluyen “cualquier otra utilidad, distinta de las anteriores, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe”.

capital mobiliario. A modo de ejemplo, la remuneración al administrador, y socio, por su participación en el capital de la sociedad mediante el dividendo⁶⁵⁴ tendrá el tratamiento de rendimientos del capital mobiliario.

Por último, conviene considerar las normas sobre operaciones vinculadas en este tipo de rendimientos. Los supuestos de vinculación entre la sociedad y socio-administrador, igual o superior al 25 % de participación, o con independencia de ese porcentaje al ser administrador comporta la valoración de la operación (de los rendimientos del capital mobiliario) a valor de mercado, en ambos casos. Si el valor acordado es superior al de mercado la diferencia será también rendimientos del capital mobiliario⁶⁵⁵.

c) Rendimientos de actividades económicas.

Tratemos ahora la posibilidad de atribuir a las remuneraciones satisfechas a los administradores como rendimientos de actividades económicas. La LIRPF, en su art. 27, los determina como “aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”⁶⁵⁶. Por ello, el administrador puede realizar servicios (profesionales) para la sociedad sin la presencia de las notas propias de una relación laboral (ajenidad y dependencia)⁶⁵⁷, esto es, un trabajo por cuenta propia y cuya remuneración será clasificada entonces como rendimientos de actividades económicas (empresarial o profesional)⁶⁵⁸. Además, estos servicios pueden ser ajenos (o diferentes) al ejercicio de

⁶⁵⁴ Los dividendos son la remuneración al socio por su porcentaje de propiedad en el capital de la sociedad y proceden de los resultados del ejercicio económico o de reservas de libre disposición. Así, el Diccionario de Economía, Economía 48, define dividendo como el “pago de una empresa a sus propietarios por concepto de distribución de utilidades generadas”. Disponible en <http://www.economia48.com/>, consultado el día 31 de mayo de 2017.

⁶⁵⁵ Todo ello en aplicación del art. 41 de la LIRPF y del art. 18 de la LIS de 2015.

⁶⁵⁶ El art. 27 de la LIRPF define los rendimientos de actividades económicas y refiere las actividades así consideradas. Además, menciona especialmente a las actividades profesionales (novedad que aporta la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, de modificación de la LIRPF) con una regla específica para la calificación como tales rendimientos cuando el contribuyente sea socio y esté incluido en el RETA o en una mutualidad de previsión social alternativa.

⁶⁵⁷ Recuérdese que la dependencia y la ajenidad son las notas características de la relación laboral común, de acuerdo con el art. 1.1 del ET.

⁶⁵⁸ Las actividades económicas pueden ser de carácter empresarial y profesional, aunque a veces es dificultoso establecer una clara distinción. La DGT, a los efectos del IAE, en varias consultas de carácter vinculante ha tratado de dilucidar la naturaleza de una y otra, así con buen criterio entiende que es

las funciones de administrador y ser compatibles (al igual que con otro tipo de rentas como los rendimientos de capital), siendo lo más trascendente encasillar correctamente cada componente de la renta según la procedencia del rendimiento retribuido.

A tenor de la norma, advertimos que la calificación como rendimientos de actividades económicas conlleva tres particularidades:

- La ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos;
- La ausencia de las notas de dependencia y ajenidad; y
- La aceptación del riesgo y ventura del resultado de la actividad.

Más aún, para que las remuneraciones cobradas por los administradores obtengan la denominación de rendimientos de actividades económicas debemos considerar dos elementos característicos⁶⁵⁹:

- Que la persona física ordene por cuenta propia los factores de producción⁶⁶⁰; y

profesional quien, actuando por cuenta propia, desarrolla personalmente la actividad de que se trate ejerciéndola como una manifestación de la capacidad personal. No obstante, estaremos ente un empresario cuando “(una) actividad se ejerza, no como una manifestación de la capacidad personal, sino como consecuencia de la puesta al servicio de la actividad de una organización empresarial, desvinculada formalmente de la personalidad profesional intrínseca“, CV núm. V0544-14 de 3 de marzo de 2014; en igual sentido véase la núm. V3611-15 de 19 de noviembre de 2015 y la núm. V3642-15 de 23 de noviembre de 2015.

⁶⁵⁹ Coincidimos con LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 263 y 264, que considera el análisis de la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y la titularidad de dichos medios como fundamental para una correcta calificación de las remuneraciones como procedentes de actividades económicas. Por su parte la AEAT en su nota núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012, dónde establece unos criterios sobre la calificación de las rentas percibidas por los socios y administradores de entidades mercantiles a efectos del IRPF, también trata los dos requisitos aquí enunciados, que en el punto 8.2 examinaremos con mayor detenimiento.

⁶⁶⁰ Consideramos más acertado utilizar el término de factores de producción que el de medios de producción para argumentar este tipo de rendimientos y así poder diferenciar entre actividades económicas empresariales y profesionales. De este modo, los factores o recursos son de dos clases: materiales y humanos; mientras que los medios de producción se refiere sólo a los materiales y las herramientas que intervienen en el proceso productivo (por ejemplo, máquinas, materias primas, fábricas y dinero).

Los economistas clásicos como ADAM SMITH, DAVID RICARDO O JOHN STUART MILL, ya consideraban por aquel entonces (siglo XVIII) que para la producción de bienes y servicios era necesario el uso de unos factores de producción que los definían como: la tierra, el trabajo y el capital. O en otras palabras, en toda actividad económica se emplean la mano de obra y la maquinaria y los recursos materiales necesarios. Léase, SMITH, A.: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones (1776)*, vol. I y II, Ed. Oikos-Tau, Barcelona, 1988, pp. 1 a 462 (libro I) y 1 a 175 (libro II), respectivamente, sobre el trabajo, la tierra y el capital; RICARDO, D.: *Principios de economía política y tributación (1817)*, vol. I, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1993, pp. 51 a 63 (renta), pp. 71 a

- Que existan factores de producción en sede de la persona física.

Con respecto a la distinción entre los rendimientos de actividades económicas en empresariales y profesionales acudimos a la normativa del IAE⁶⁶¹. En este sentido, encontramos dos tipos de rendimientos de actividades, como son:

- de carácter empresarial, las clasificadas en la Sección Primera de las Tarifas y regla 3ª del Anexo II sobre su Instrucción; y
- de carácter profesional, las ordenadas en la Sección Segunda de las Tarifas y regla 3ª del Anexo II sobre su Instrucción, siempre que se realicen por personas físicas.

Pues bien, en este punto resulta interesante la observación de la existencia de factores de producción en sede de la persona física y así diferenciar si los rendimientos proceden de una actividad económica empresarial o profesional. De este modo, en el caso de actividades empresariales el factor material o capital es predominante con respecto al factor humano, mientras que para el caso de actividades profesionales es el factor humano el más importante.

En relación con las actividades profesionales, apunta LUCENA GRACIA que el factor humano es el principal factor de producción empleado, es decir, la capacitación profesional que reside en la propia persona física que presta los servicios (*intuitu personae*)⁶⁶². Y compartimos tal afirmación dado que en las profesiones liberales (abogados, economistas, médicos, arquitectos,....) lo más importante es la preparación o

83 (salarios), pp. 243 a 251 (tierra) y pp. 288 a 296 (maquinaria); y MILL, J.S.: *Principios de Economía Política (1848)*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1951, Fundación ICO para la edición, Ed. Síntesis, Madrid, 2007, pp. 89 a 102 (trabajo), pp. 115 a 121 (capital) y pp. 163 a 178 (agentes productivos).

⁶⁶¹ Las disposiciones fundamentales reguladoras del IAE son la LHL, el RDLeg 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del IAE y el RD 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del IAE y se regula la delegación de competencias en materia de gestión censal de dicho impuesto.

El art. 78 de la LHL contiene la naturaleza y el hecho imponible del IAE y el art. 79 de la misma norma define el concepto de actividad económica gravada con carácter empresarial, profesional o artístico, "cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios".

⁶⁶² LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 264, clasifica la titularidad de los medios de producción distinguiendo para actividades empresariales y profesionales, siguiendo la nota de la AEAT núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, sobre el tratamiento fiscal y la calificación de las remuneraciones de los socios de entidades mercantiles en el IRPF.

conocimiento profesional que reside en la propia persona que ejerce la actividad por encima de los medios materiales que emplee.

De hecho el modificado art. 27 de la LIRPF introduce como novedad una norma peculiar⁶⁶³ para calificar los rendimientos obtenidos por la persona física como actividad económica profesional que exige que:

- la prestación de servicios a la sociedad de la que es socio partícipe;
- la actividad realizada esté incluida en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE; y
- la inclusión en el RETA⁶⁶⁴ o mutualidad alternativa.

Sin embargo, esta particular y variada norma tiene su aplicación cuando la persona física (administrador) es socio de la sociedad de la que recibe los rendimientos por los servicios profesionales. Remarcamos pues que, en nuestro estudio, obviamos la condición de socio al tratar simplemente la condición de administrador y su remuneración, por lo que convenimos la posibilidad de clasificar como rendimientos de actividades económicas profesionales si existe ordenación de los factores de producción por cuenta propia en ausencia de las notas de dependencia y ajenidad (propias de la relación laboral) y dónde el factor humano es el predominante.

En resumen, podemos concretar que el administrador puede realizar servicios para la sociedad que no tengan la consideración de gestión de administración y de dirección⁶⁶⁵, es decir, una actividad por cuenta propia cuyo rendimiento será catalogado

⁶⁶³ La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la LIRPF, mediante el art. 1.16 transforma el art. 27 de la LIRPF sobre rendimientos íntegros de actividades económicas, incluyendo una norma específica para las actividades económicas profesionales.

⁶⁶⁴ Recordemos que el art. 1.1. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, contiene el concepto de trabajador autónomo como “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”. Además, se establece expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación “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 mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella” (art. 1.2.c) de la misma Ley). No olvidemos que el control efectivo viene establecido en los términos del art. 305.2.b) de la LGSS y que hemos abordado en el apartado 5.5.1 sobre la naturaleza de la relación administrador-sociedad.

⁶⁶⁵ Merece la pena subrayar que cuando aludimos a la gestión de administración (o de sociedad) nos referimos a las funciones no ejecutivas del administrador y para el caso de la gestión de dirección (o de

como de actividad económica sin las características laborales de ajenidad y dependencia. Y será una actividad económica de naturaleza empresarial o profesional en función del factor de producción (material o humano) más dominante.

Además cabe sopesar la posibilidad de la coexistencia de dos calificaciones diferentes de los rendimientos percibidos por el administrador, o sea, como del trabajo por las funciones que comporta el cargo y como de la actividad económica por los servicios empresariales o profesionales realizados al margen⁶⁶⁶. Tal posibilidad la vemos totalmente factible y, es más, abogamos por ella.

Finalmente, avanzar que sólo en el caso de que las remuneraciones de los administradores no se caractericen como de actividad económica, entonces las nominaremos como de rendimiento del trabajo. Pues resulta fundamental analizar si se ordenan por cuenta propia los factores de producción y la propiedad o no de dichos factores en la persona física que realiza el servicio o actividad determinada. Abordaremos todas estas cuestiones en el apartado 8.2 del presente capítulo.

Para completar este apartado, decir que para la valoración de las remuneraciones conceptuadas como rendimientos de actividades económicas se estará a lo dispuesto en el art. 28.4 de la LIRPF, de manera que se considerarán al valor de mercado. Igualmente, dado que estamos ante un supuesto de operación efectuada entre personas o entidades vinculadas (sociedad-administrador) se valorarán por su valor de mercado por remisión del art. 41 de la LIRPF a la LIS de 2015⁶⁶⁷.

empresa) insinuamos a las funciones ejecutivas del mismo. Como ya hemos apuntado en el apartado a) el rendimiento atribuido a los administradores, en ambos casos, tendrá la calificación de rendimiento del trabajo.

⁶⁶⁶ Recordemos que abogamos por la teoría de la separación de las funciones del administrador tal y cómo hemos asentado en el esquema 2 sobre las funciones del administrador societario, en la sección 5.5.1. de la naturaleza de la relación administrador-sociedad.

En la misma línea de pensamiento nos encontramos a LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 118 y 119. A su vez, la DGT reconoce la separación de funciones en la CV núm. V1567-13 de 9 de mayo de 2013 de manera que “la retribución pactada por la realización de diversas labores ordinarias en el seno de la sociedad (distintas de las labores propias de administrador) tendrán la consideración de rendimiento íntegro del trabajo (...), salvo que la contraprestación por los mencionados servicios prestados por los socios-administradores a la sociedad deba calificarse como rendimiento de actividad económica”; en la CV núm. V0933-14 de 2 de abril de 2014; en la CV núm. V3289-14 de 9 de diciembre de 2014; en la CV núm. V0252-15 de 22 de enero de 2015; en la CV núm. V1147-15 de 13 de abril de 2015; y en la CV núm. V1148-15 de 13 de abril de 2015.

⁶⁶⁷ El art. 28.4 de la LIRPF establece que “se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente ceda o preste a terceros de forma gratuita o destine al uso o consumo propio. Asimismo, cuando medie contraprestación y ésta sea notoriamente inferior al

d) Ganancias patrimoniales.

El último supuesto que comprobaremos para calificar las remuneraciones recibidas por los administradores se trata de las ganancias patrimoniales. El art. 33 de la LIRPF define las ganancias patrimoniales como “las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos”⁶⁶⁸. Por lo tanto, no se van a incluir en las ganancias patrimoniales (ni pérdidas) todos aquellos casos que ya la propia LIRPF atribuye otra clasificación, como rendimientos del trabajo, de capital, de actividades económicas o procedentes de imputación de rentas.

En sentido general, podemos diferenciar tres tipos de ganancias o pérdidas patrimoniales según la naturaleza de la alteración patrimonial⁶⁶⁹:

- Las transmisiones onerosas: Es el caso más habitual, unos bienes o derechos salen del patrimonio y otros (normalmente) dinero entran a cambio; por ejemplo, la venta de una vivienda habitual.
- Las transmisiones lucrativas: Aquellas que se producen sin contraprestación real; por ejemplo, una donación o una herencia.
- La incorporación de bienes y derechos al patrimonio; por ejemplo, los premios en el juego o una subvención sobre la vivienda.

valor normal en el mercado de los bienes y servicios, se atenderá a este último”. De igual forma, el art. 18 de la LIS de 2015 sobre operaciones vinculadas determina su cálculo a valor de mercado y en el supuesto de prestaciones de servicios entre personas vinculadas se acudirá al art.18.5 y 6 de la citada Ley. Recordemos que son supuestos de vinculación la relación socio-sociedad a partir del 25 % de participación social y el vínculo sociedad-administrador, salvo las remuneraciones por sus funciones.

⁶⁶⁸ La sección 4ª (arts. 33 al 39) del capítulo II del título III de la LIRPF, versa sobre las ganancias y pérdidas patrimoniales. En este sentido, establece tres condiciones para que se origine una ganancia o pérdida patrimonial:

- Que se produzca una variación en el valor del patrimonio;
- Que ocasione una alteración en la composición de dicho patrimonio; y
- Que el importe o cantidad de renta obtenida no esté sujeta al impuesto por otra calificación.

Piénsese, por ejemplo, si el patrimonio de una persona está constituido por una vivienda de valor 80.000 € y la transmite por 100.000 €, se produce una ganancia patrimonial de 20.000 €. Por el contrario, si el patrimonio está integrado por un depósito bancario de 20.000 € y con éste adquiere un automóvil de valor 20.000 €, se produce una alteración del patrimonio pero no una variación de valor, por tanto, no existe ganancia patrimonial en este caso. O si una persona posee un bien inmueble adquirido por 60.000 €, al año siguiente vale 50.000 € y al siguiente se valora en 40.000 €, pero continua en el patrimonio, no existe ganancia ni pérdida patrimonial, que se originará cuando dicho bien salga del patrimonio.

⁶⁶⁹ El art. 34 de la LIRPF contiene la norma general sobre el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales. Y el concepto de ganancia o pérdida patrimonial se completa con los supuestos que la excepcionan (art. 33.2, 3 y 4 de la LIRPF), los casos que no permite la integración de determinadas pérdidas patrimoniales (art. 33.5 de la LIRPF), una serie de normas específicas de valoración (art. 37 de la LIRPF), las ganancias excluidas de tributación por reinversión (art. 38 de la LIRPF) y las ganancias patrimoniales no justificadas (art. 39 de la LIRPF).

Para el caso que nos ocupa, las remuneraciones que reciben los administradores de la sociedad vienen originadas por el ejercicio de las funciones relativas al cargo que desarrollan o bien por otros servicios ajenos (profesionales o empresariales) que realizan para la sociedad. Además, precisamente porque es el administrador de la sociedad obtendrá, sobretodo, rendimientos del trabajo o de actividad económica e incluso del capital si tiene participaciones en los fondos propios de la sociedad, como hemos comentado. *Ergo*, nos resulta complejo y dificultoso calificar la remuneración como de ganancia patrimonial y proponemos prescindir de esta posibilidad.

Finalizamos con el siguiente cuadro que resume las posibles denominaciones que dentro de la normativa del IRPF pueden recibir las remuneraciones percibidas por el administrador societario:

Calificación remuneración	Características	LIRPF	Valoración
Rendimiento trabajo	<ul style="list-style-type: none">- laboral común- laboral alta dirección- administradores	arts. 17.1 y 17.2	Valor mercado, salvo por funciones administrador
Rendimiento capital mobiliario	<ul style="list-style-type: none">- participación sociedad- socio	art. 25.1	Valor mercado
Rendimiento actividad económica	<ul style="list-style-type: none">- ordenación propia medios- no dependencia ni ajenidad- otros servicios al margen funciones administrador	art. 27	Valor mercado
Ganancias patrimoniales	<ul style="list-style-type: none">- onerosas- lucrativas- incorporación bienes y derechos- no calificada de otro tipo	art. 33	Descartamos esta opción

Tabla 2: Las calificaciones de las remuneraciones en la relación jurídica sociedad-administrador.

Fuente: elaboración propia.

8.2.- LA REMUNERACIÓN COMO RENDIMIENTO DEL TRABAJO Y DE ACTIVIDAD ECONÓMICA.

Una vez determinadas las posibles calificaciones de las remuneraciones percibidas por los administradores en función de las categorías de rendimientos que contiene el IRPF, nos centraremos en las que más controversia generan y que son objeto de nuestro

estudio por ser, sencillamente, las más frecuentes y usuales en las sociedades de capital. Nos estamos remitiendo a las remuneraciones obtenidas como rendimientos del trabajo y como procedentes de una actividad económica. En la práctica societaria, a veces, no resulta tan sencillo identificar cuando nos referimos a uno u otro tipo de rendimiento; es decir, de acuerdo con las diferentes situaciones que pueden darse en la relación administrador-sociedad sus remuneraciones serán rendimientos del trabajo o de actividades económicas. La distinción de los requisitos de una relación laboral (ajenidad y dependencia), la asunción del riesgo y ventura y la ordenación o no por cuenta propia de los factores de producción (materiales y humanos) y su titularidad se nos antojan esenciales para delimitar la clase de rendimiento que el perceptor debe hacer en el IRPF. Conviene recordar que la referencia a administrador societario será para el caso de una persona física⁶⁷⁰.

Entonces convenimos, a modo de ejemplo, una serie de supuestos que nos podemos encontrar en esa relación que mantienen administrador- sociedad⁶⁷¹, aunque subrayemos que no es una lista exhaustiva sino más bien abierta a cualquier otra situación dada en la realidad societaria. Así tenemos, el administrador que ejerce las funciones de:

- administración (gestión social o administrativa);
- administración y dirección (gestión empresarial);
- dirección dentro de un consejo de administración;
- dirección como administrador único;
- administración y presta servicios de alta dirección;
- administración y presta otros servicios administrativos;
- administración y presta servicios como de una actividad económica (empresarial o profesional);
- administración, de dirección y presta servicios como de una actividad económica.

⁶⁷⁰ Recordemos que las personas (físicas y jurídicas) que ocupan el cargo de administrador configuran el órgano de administración de la sociedad (consúltese el apartado 5.2.1 sobre el concepto de órgano de administración) y para el caso del IRPF valoraremos la calificación de forma individualizada a cada administrador persona física por las funciones prestadas.

⁶⁷¹ Es necesario admitir que en nuestro trabajo de investigación concentrado en la persona del administrador eludimos la condición de socio o no en la sociedad que administra. Cuestión distinta es que para una mejor claridad en la exposición de la calificación de la remuneración hagamos alguna referencia a la cualidad de socio.

Por consiguiente, acudimos a la calificación jurídico-tributaria de esas funciones o servicios prestados que dicta el art. 13 de la LGT y así determinar la fiscalidad de la remuneración recibida⁶⁷². El principio de calificación tributaria requiere pagar los impuestos por los actos o negocios que realicen los obligados tributarios de conformidad con la naturaleza jurídica de tales actos, con independencia de la forma que le den los interesados (administrador-sociedad).

En cada una de las situaciones o posibilidades expuestas aparecen dos sujetos intervinientes: el administrador (persona física) y la sociedad. El primero desempeña unas funciones y/o presta unos servicios para la sociedad; y la segunda, a cambio, le retribuye por ello⁶⁷³. Y esa remuneración debe ser calificada fiscalmente por la propia naturaleza jurídica de dichas funciones o servicios y así poder establecer correctamente la clasificación por el tipo de rendimiento (del trabajo o de actividad económica, por ejemplo) en el IRPF del administrador para su gravamen. Además, resulta necesario considerar la valoración de las remuneraciones percibidas por el administrador, es decir, aplicar la normativa sobre las operaciones vinculadas, si procede.

Recordemos que la naturaleza de la relación jurídica existente entre el administrador y la sociedad puede ser de carácter mercantil o laboral (teoría del vínculo). De esta manera, el administrador desarrollará las funciones y/o servicios remunerados y según la verdadera naturaleza de la relación con la sociedad determinaremos la calificación tributaria y la clasificación del tipo de rendimiento

⁶⁷² Véase la interesante y conveniente aportación al respecto de FALCÓN Y TELLA, R.: *“La abstracción tributaria de la causa y sus consecuencias...”*, ob. cit. pp. 173 a 175. Por otra parte, el principio de calificación tributaria queda completado con la relación jurídico-tributaria que contiene el art. 17 de la LGT. Así, entendemos por relación jurídico-tributaria el conjunto de obligaciones y derechos como consecuencia de la aplicación de los tributos. Las obligaciones tributarias materiales (pecuniarias o de pago), las formales (presentación de declaraciones tributarias y colaborar con la Administración tributaria) y sus elementos (sujeto activo y pasivo, hecho imponible, base imponible y tarifa) no pueden ser alterados por acuerdos u otros negocios jurídicos de los particulares (administrador-sociedad), que no producirán efectos sobre la calificación tributaria.

En relación con esto, la STS de 27 de noviembre de 2007 (FJ 6º) afirma que “la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto”, citando a su vez a anteriores resoluciones en la misma línea argumentativa, como las SSTS de 11 de diciembre de 1989 (FJ 2º) y de 29 de diciembre de 1999 (FJ2º).

⁶⁷³ Nos identificamos con LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. p. 35, quien asevera que en las relaciones administrador-sociedad existen tres elementos reales: los servicios prestados, las remuneraciones abonadas y la forma jurídica que las partes han acordado para regular esas relaciones (el contrato laboral, prestación accesoria o negocio jurídico).

dentro del IRPF. Seguidamente, veamos lo comentado para el caso de las remuneraciones como rendimiento del trabajo y de actividad económica.

8.2.1.- Consideraciones previas.

Inicialmente proponemos oportunamente una serie de reflexiones generales, a los efectos del IRPF, que ayudarán a un mejor entendimiento de esta sección, dada la complejidad del asunto que nos trae. De este modo:

- La condición de socio que pudiera tener el administrador de la sociedad afecta dentro de la calificación de las remuneraciones como rendimiento del trabajo por el ejercicio de las funciones de administración (gestión de la sociedad o no ejecutivas) y de dirección (gestión de empresa o ejecutivas).
- La condición de socio que pudiera tener el administrador de la sociedad influye para la calificación de las remuneraciones por la prestación de servicios como una actividad económica.
- La separación de funciones (ejecutivas y no ejecutivas) que hemos propuesto en el IS para la deducibilidad de las remuneraciones⁶⁷⁴, también la defendemos aquí puesto que las funciones (y servicios) realizadas por el administrador pueden originar diferentes calificaciones en la remuneración y ser compatibles entre sí⁶⁷⁵.
- La remuneración percibida por el administrador se clasificará como rendimiento del trabajo, salvo que deba calificarse como rendimiento de actividades económicas.
- La relación sociedad-administrador (y socio en un porcentaje de participación igual o superior al 25 %), excepto en lo correspondiente a la remuneración por el ejercicio de sus funciones, serán supuestos de vinculación y, por lo tanto, las diferentes retribuciones por los servicios

⁶⁷⁴ Compruébese nuestra argumentación al respecto en el Capítulo 7 y, en particular, en el apartado 7.2.2. sobre los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto.

⁶⁷⁵ El art. 11 de la LIRPF estipula la individualización de las rentas obtenidas por las diferentes categorías o calificaciones que contiene la norma. Así, los rendimientos del trabajo “se atribuirán exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción”, mientras que los rendimientos de las actividades económicas “se considerarán obtenidos por quienes realicen de forma habitual, personal y directa la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y los recursos humanos afectos a las actividades”.

prestados deberán valorarse por su valor de mercado (art. 18 de la LIS de 2015).

8.2.2.- Rendimientos del trabajo *versus* de actividad económica: Supuestos de hecho.

Cómo hemos apuntado en el apartado 8.1.2 la calificación de las remuneraciones percibidas por el administrador societario en el ámbito del IRPF resulta muy controvertida, al menos en lo que respecta a la denominación de tales prestaciones como rendimientos del trabajo y de actividad económica. La inseguridad jurídica en su tratamiento ha llevado a la Administración tributaria a emitir una nota informativa sobre la calificación de las remuneraciones percibidas por los administradores (y socios) de entidades mercantiles a efectos del IRPF⁶⁷⁶ que junto con la modificación de la LIRPF⁶⁷⁷, intentan ponerle luz con acierto a la cuestión. Es por todo ello que inicialmente acudimos al concepto general de uno y otro tipo de rendimiento que nos ofrece la normativa del IRPF.

Por un lado, tenemos que los rendimientos íntegros del trabajo serán: los que derivan de una relación laboral común (art. 17.1 de la LIRPF), las remuneraciones de los administradores (art. 17.2.e) de la LIRPF), los de una relación laboral de alta dirección (art. 17.2.j) de la LIRPF) y no tengan el carácter de actividad económica.

Por otro lado, los rendimientos de actividad económica se considerarán aquellos que supongan la ordenación por cuenta propia de factores de producción (capital y trabajo) con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (art. 27 de la LIRPF).

En nuestro caso, tenemos una persona física que realiza las funciones de administrador societario (rendimientos del trabajo) y puede compatibilizarlas con la

⁶⁷⁶ Nota de la AEAT núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, sobre “*consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles*” y de la que nos ocuparemos en este mismo apartado.

⁶⁷⁷ La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la LIRPF, y en particular el art. 1.16 que dota de mayor claridad al art. 27 de la LIRPF sobre rendimientos íntegros de actividades económicas, incluyendo una norma especial para las actividades económicas profesionales cuando el contribuyente sea socio, deriven de la realización de actividades incluidas en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE y esté incluido en el RETA o en una mutualidad de previsión social alternativa.

prestación de servicios a la sociedad al margen de la condición de administrador (rendimientos de actividad económica). Y nos preguntamos cuando debemos calificar la remuneración percibida en uno u otro tipo de rendimiento⁶⁷⁸. Analicémoslo.

a) Las remuneraciones como rendimiento del trabajo.

Parece bastante evidente que se clasificarán como rendimiento del trabajo las remuneraciones procedentes del desempeño de las funciones como administrador de la sociedad, con independencia de la naturaleza de la relación jurídica entre la sociedad y el administrador⁶⁷⁹. Es más, podemos apuntar con absoluta certeza que todas las remuneraciones por las funciones de administrador tanto en una relación laboral (común o de alta dirección), como en una relación mercantil deben entenderse comprendidas entre los rendimientos del trabajo (art. 17.2.e) de la LIRPF). A modo de ejemplo, el caso de un gerente (relación laboral común), un consejero-delegado (relación laboral de alta dirección) y un administrador único (relación mercantil). Ahora bien, la incursión de la teoría del vínculo en el ámbito tributario mediante las SSTS 13 de noviembre de 2008⁶⁸⁰ también incide de manera significativa en el entorno del IRPF.

Como se recordará la equivalencia de funciones que determina la teoría del vínculo es una de sus principales hipótesis, de manera que la relación laboral de alta dirección queda absorbida por la relación mercantil del administrador con la sociedad (supuesto que no compartimos puesto que abogamos por la separación de funciones del administrador⁶⁸¹); y en ambos casos los rendimientos percibidos tienen la consideración de rendimientos del trabajo en el IRPF. La AEAT en su nota núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012 que analiza los criterios de calificación de las rentas percibidas por los socios y administradores de entidades mercantiles a efectos del IRPF, acoge la doctrina de las

⁶⁷⁸ Resulta interesante el documento técnico emitido por los miembros de la sección del IRPF de la Asociación Española de Asesores Fiscales, ADAME MARTÍNEZ, F. D. y ROMERO PLAZA, C. J., *Retribución de administradores. Aspectos fiscales y mercantiles*, Enero 2016, que se centra en las implicaciones mercantiles y fiscales tras las últimas reformas legislativas en cada materia, como son la LSC de 2014, la LIS de 2015, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la LIRPF y la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se varía la LIVA. Dicho informe puede examinarse en http://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf_2016_01_T_retribucion-de-administradores.pdf, consulta realizada el 31 de mayo de 2017.

⁶⁷⁹ Recordemos que la naturaleza de esa relación puede ser laboral o mercantil, véase el apartado 5.5.1 que versa sobre la naturaleza de la relación.

⁶⁸⁰ Recuérdense las SSTS que dicta la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), conocidas como el caso Mahou y cómo también influyen en el IRPF.

⁶⁸¹ Puede consultarse nuestra propuesta en el esquema 2 sobre las funciones del administrador societario contenido en el apartado 5.5.1.

arriba citadas Sentencias considerando que “respecto de los administradores de una sociedad con la que han suscrito un contrato laboral de alta dirección que supone el desempeño de las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad propias de dicho cargo, que debe entenderse que su vínculo con la sociedad es exclusivamente de naturaleza mercantil y no laboral, al entenderse dichas funciones subsumidas en las propias del cargo de administrador”⁶⁸². Queda claro, pues, que la naturaleza de la relación sociedad-administrador no altera la calificación de la remuneración como rendimiento del trabajo.

Sin embargo, la teoría del vínculo comporta consecuencias en el IRPF como son: la no exención de los rendimientos del trabajo obtenidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero (art. 7.p) de la LIRPF)⁶⁸³; las no exenciones de los rendimientos del trabajo en especie (art. 42.2 y 3 de la LIRPF)⁶⁸⁴; la no aplicación del régimen de dietas (art. 17.1.d) de la LIRPF y art. 9 del RIRPF)⁶⁸⁵; y las retenciones a un

⁶⁸² Véase la nota de la AEAT núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, sobre “*consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles*”, en su supuesto 1 de socios que son a su vez miembros del órgano de administración de la SA o SL, p. 3.

⁶⁸³ Al respecto de la exención, la DGT en CV núm. V1684-05 de 5 de agosto de 2005, aclara que “la expresión “trabajos” utilizada por la norma debe entenderse referida a los rendimientos del trabajo definidos en el apartado 1 del art. 16 (actual art. 17.1) de la LIRPF, es decir, los rendimientos del trabajo derivados de una relación laboral o estatutaria o de un trabajo personal, así como a algunos de los supuestos contemplados en el apartado 2 del citado art. (como sería el caso de las relaciones laborales de carácter especial)”. De modo similar, el citado Centro Directivo se pronuncia en la CV núm. V1567-11 de 16 de junio de 2011 sobre la no aplicación de la exención a un miembro del consejo de administración. Ergo, los rendimientos del art. 7.p) de la LIRPF no están exentos si los recibe el administrador de una sociedad porque no se derivan de una relación laboral sino mercantil.

⁶⁸⁴ Algunos rendimientos de trabajo se retribuyen en especie, así el art. 42.1 de la LIRPF establece que “constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda”. Por ejemplo, el vehículo que la sociedad pone a la libre disposición de sus directivos constituye remuneración en especie, en cambio, si ese mismo vehículo se utiliza exclusivamente para desplazamientos motivados por el trabajo, no existe retribución en especie. También, conforman remuneración en especie el pago por una sociedad de las cuotas de autónomos de sus trabajadores (véase la DGT en la CV núm. V2073-05 de 17 de octubre de 2005 y en la CV núm. V2687-10 de 14 de diciembre de 2010).

Por su parte, las exclusiones y exenciones de retribuciones en especie están contenidas en los apartados 2 y 3 del citado precepto, respectivamente. La aplicación de aquellas exige la existencia de una relación laboral (común o especial), obsérvese la DGT en la CV núm. V0916-08 de 8 de mayo de 2008 y en la CV núm. V2619-10 de 2 de diciembre de 2010.

⁶⁸⁵ El régimen de dietas y asignaciones para gastos de viajes constituyen, *a priori*, rendimientos del trabajo. Pero, cuando persiguen resarcir los gastos que se producen por motivos laborales se exceptúan de tributación en el IRPF, en las cuantías y condiciones establecidas reglamentariamente. Entonces, la aplicación del régimen de dietas exonerado de gravamen se centra en los casos de relación de dependencia entre el pagador del rendimiento y el perceptor del mismo. En este sentido, la DGT en CV núm. V0015-00 de 22 de febrero de 2000, aborda la cuestión sobre el régimen de dietas para los miembros de un consejo de administración y aclara que el citado régimen será atribuible a los rendimientos del trabajo “como consecuencia de una relación laboral o estatutaria en la que se dan las

tipo fijo (art. 101.2 de la LIRPF y art. 80.1.3º del RIRPF)⁶⁸⁶. Estas cuestiones, entre otras, las trataremos en el apartado siguiente 8.3 del presente capítulo. Por tanto, siguiendo con la doctrina del TS el vínculo del administrador con la sociedad es exclusivamente de naturaleza mercantil y como no existe una relación laboral por cuenta ajena, no procede la aplicación de las exenciones y otras retenciones diferentes a las *supra* señaladas para los rendimientos del trabajo percibidos por los administradores.

No obstante, hemos demostrado sobradamente a lo largo de nuestro trabajo la necesidad de una revisión de la doctrina del vínculo⁶⁸⁷. Y, en concreto, en el IRPF las remuneraciones derivadas por el ejercicio de las funciones de administrador procede siempre calificarlas como rendimientos del trabajo, pero proponemos distinguir entre las funciones del administrador en: no ejecutivas (gestión de sociedad o indelegables) y las ejecutivas (gestión de empresa o delegables). En esa separación encontramos la base para diferenciar la remuneración por unas u otras funciones. De este modo, las remuneraciones de las primeras serían rendimientos del trabajo por ser administradores en su condición de tal (relación mercantil), mientras que las de las segundas (ejecutivas) también aunque por las tareas de gestión de dirección con características laborales (relación laboral de carácter especial o relación laboral común), cuando no haya control efectivo de la sociedad o habiéndolo se organice la sociedad como un consejo de administración⁶⁸⁸. Es necesario recordar que la inclusión o no en el ámbito laboral

notas de dependencia y alteridad (ajenidad)”, con carácter general, del art. 17.1 de la LIRPF. En cambio, en los supuestos del art. 17.2 de la LIRPF no procederá, salvo para aquellos casos expresamente previstos en la norma (como las relaciones laborales especiales). Y prosigue argumentando que no le es de aplicación a los miembros del órgano de administración puesto que esa relación de dependencia no se produce; sin embargo, admite el denominado “gasto por cuenta de un tercero” o gasto que dispone la sociedad a los administradores para que puedan realizar sus funciones, por ejemplo para los gastos de desplazamiento (estancia y locomoción).

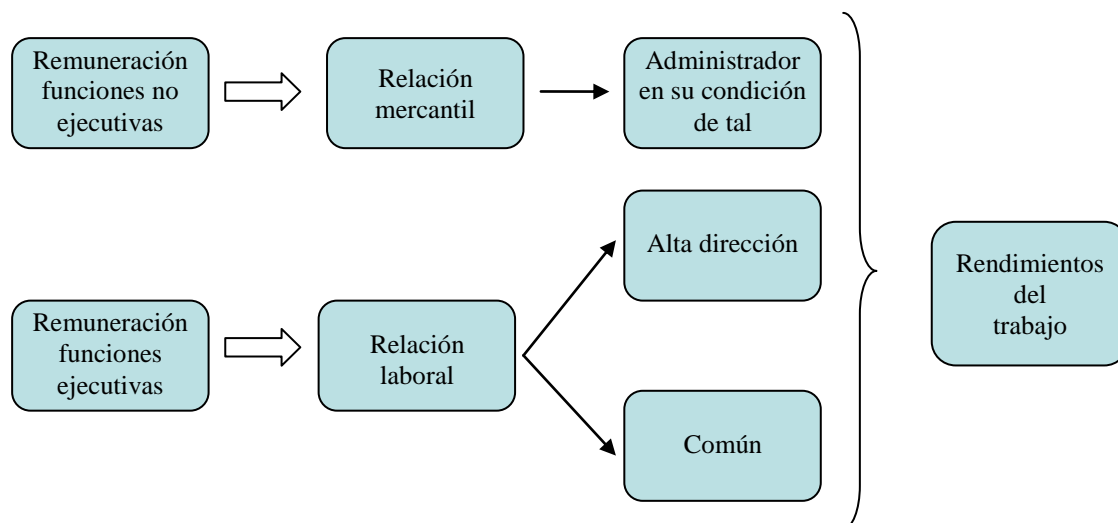
⁶⁸⁶ Existen determinados rendimientos del trabajo, entre los cuales los que se perciban por la condición de administradores, cuyo porcentaje de retención es un tipo fijo, con independencia de su cuantía y de las circunstancias del perceptor. La DGT en consulta núm. 2494-99 de 30 de diciembre de 1999, interpreta que la aplicación del tipo fijo de retención “viene determinada por la pertenencia a un órgano que tiene encomendadas la función o funciones de administración y gestión del patrimonio de una entidad, cualquiera que sea la naturaleza de la misma y sin circunscribirlas a los casos de entidades mercantiles”. Volveremos sobre este tema en la siguiente sección 8.3.

⁶⁸⁷ Para no repetirnos nos remitimos al apartado 5.5 sobre la calificación jurídica relación sociedad-administrador, donde defendemos la compatibilidad de la condición de administrador (vínculo mercantil) con las funciones ejecutivas del personal de alta dirección (vínculo laboral), cuanto menos si no se tiene el control efectivo de la sociedad (art. 305.2.b) de la LGSS); al punto 6.2 sobre la delimitación del ámbito de la remuneración de los administradores, el principio de reserva estatutaria, la teoría del milímetro (certeza) y la LSC de 2014; a la sección 7.2 acerca de la remuneración como gasto deducible en el IS (véase esquema 8); y al apartado 7.3 sobre la LIS de 2015 y la doctrina del vínculo.

⁶⁸⁸ Véase el esquema 4 de la compatibilidad de las funciones del administrador societario en el apartado 5.5.2 sobre la compatibilidad con la relación laboral.

depende de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona (administrador ejecutivo) que desarrolla las funciones (ejecutivas) en la organización de la sociedad.

Tal distinción de funciones se nos antoja crucial dentro de la calificación como rendimientos del trabajo para las remuneraciones percibidas por el administrador. Es decir, la naturaleza (mercantil o laboral) de la relación sociedad-administrador condiciona la aplicación o no de las exenciones y retenciones que contiene la LIRPF a los rendimientos recibidos por la realización de las funciones ejecutivas. En suma, abogamos porque los rendimientos por la prestación de funciones ejecutivas del administrador, y calificados como del trabajo, se consideren provenientes de una relación laboral (caracterizada por la ajenidad y la dependencia) y, por lo tanto, suponga la aplicación en el cálculo del IRPF (del administrador ejecutivo) de los gastos legalmente establecidos⁶⁸⁹, del régimen de exenciones⁶⁹⁰ y de las retenciones previstas⁶⁹¹ como si se tratara de cualquier trabajador ordinario, excepto que por la posición y participación en la sociedad exista control efectivo de la misma por parte del administrador. En el siguiente esquema reproducimos nuestro planteamiento al respecto de la separación de funciones del administrador y la calificación de su remuneración:



Esquema 12: La remuneración de los administradores societarios y la separación de funciones.

Fuente: elaboración propia.

⁶⁸⁹ Los gastos deducibles vienen recogidos en una lista cerrada contenida en el art. 19.2 de la LIRPF y en los arts. 10 y 11 del RIRPF. También existe diferente tratamiento en la reducción por irregularidad en rendimientos del trabajo si provienen de extinción de la relación laboral o mercantil (art. 18 de la LIRPF y art. 12 del RIRPF).

⁶⁹⁰ Como ya hemos mencionado anteriormente, nos referimos a las exenciones establecidas en los arts. 7.p); 17.1.d); y 42.2 y 3 de la LIRPF y en el art. 9 del RIRPF.

⁶⁹¹ El cálculo del importe de la retención sobre los rendimientos del trabajo derivados de relaciones laborales o de trabajo personal se establece en el art. 101 de la LIRPF y en los arts. 80 a 89 del RIRPF.

En este estado de las cosas, criticamos que la modificación de la LIRPF (Ley 26/2014, de 27 de noviembre) haya perdido la oportunidad de dotar de mayor seguridad jurídica a la calificación como rendimientos del trabajo de las remuneraciones de los administradores⁶⁹² por las funciones ejecutivas y más aún a partir de la nueva LIS de 2015, dónde apuesta convenientemente por la separación de funciones y admite expresamente la deducibilidad de las remuneraciones a los administradores por el ejercicio de funciones propias de alta dirección (ejecutivas)⁶⁹³, calificándolas como gasto deducible en el IS. Por todo ello, también defendemos en el IRPF la máxima que las funciones ejecutivas de los administradores están excluidas de las inherentes al cargo de administrador.

Además, cabe añadir que la calificación como rendimientos del trabajo de las remuneraciones derivadas de la condición de administrador no exige, en modo alguno, la reserva estatutaria en el orden mercantil, como así ocurría en el planteamiento del TS para la deducibilidad en el IS y con el que no estamos para nada de acuerdo como se habrá comprobado⁶⁹⁴. Por el contrario, cualquier remuneración percibida es considerada renta del administrador como rendimiento del trabajo y tributable en el IRPF, con independencia del incumplimiento o no de la normativa mercantil⁶⁹⁵.

Por su parte, no generan ningún tipo de controversia las remuneraciones cobradas por los administradores fruto de una relación laboral común con la sociedad. Como tampoco si el administrador realiza otras funciones ordinarias (por ejemplo, de jefe de contabilidad) distintas de las desarrolladas en el ejercicio del cargo (ejecutivas y no ejecutivas). En ambos casos, serán denominadas como rendimientos del trabajo con características laborales y la relación es compatible con la condición de administrador

⁶⁹² Consúltese que la Ley 26/2014 de modificación de la LIRPF sí que despejó dudas con respecto a la clasificación de los rendimientos íntegros de actividades económicas profesionales con un nuevo acertado redactado del art. 27.

⁶⁹³ Véase el apartado 7.3.1. sobre los gastos no deducibles del art. 15 de la LIS de 2015.

⁶⁹⁴ A lo largo del cap. 5 se ha venido demostrando la deducibilidad como gasto fiscal en el IS de las remuneraciones del administrador societario por las funciones ejecutivas sin previsión estatutaria antes y después de la LIS de 2015, a pesar de la doctrina del vínculo recogida por el TS en las ya mencionadas Sentencias Mahou de 13 de noviembre de 2008.

⁶⁹⁵ Así, por ejemplo, en la SAN de 17 de junio de 2004 (FFJJ 4º y 5º) admite que una retribución a los administradores pueda no ser deducible en el IS y, en cambio, tribute en el IRPF como rendimiento del trabajo por la condición de administrador y porcentaje de retención a un tipo fijo. La AEAT también se pronuncia en esa misma línea como puede apreciarse en la ya citada nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, sobre “*consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles*”.

como se recordara según lo ya analizado en el apartado 5.5.2, siempre y cuando no se tenga control efectivo de la sociedad⁶⁹⁶.

Concluimos censurando la falta de afinidad en la normativa del IRPF al calificar como rendimiento del trabajo rentas que no tienen su origen en una relación laboral propia del derecho laboral, tal es el caso de la relación mercantil de los administradores por las funciones no ejecutivas (o en su condición de tal). No obstante, la AEAT pese a confirmar esa ausencia de identidad no renuncia al uso de la norma laboral para calificarlas y concluye que “la calificación como rendimiento del trabajo (...) no puede basarse como único criterio en la calificación a efectos laborales de la relación de la que derivan dichos rendimientos”⁶⁹⁷. Además, existen rendimientos calificados como del trabajo que pueden tener el carácter de actividad económica (servicios profesionales). *Ergo*, apostamos porque la calificación de la remuneración percibida por los administradores en las prestaciones de servicios realizados para la sociedad sea considerada como rendimiento del trabajo por exclusión, es decir, la contraprestación a una relación laboral y que no tenga la naturaleza de rendimiento de actividad económica, condición ésta última de la que ahora nos ocuparemos.

b) La remuneración como rendimiento de actividad económica.

En este momento, introducimos otras remuneraciones satisfechas a los administradores por servicios al margen de la condición de administrador, en concreto, nos estamos refiriendo a las percepciones como rendimientos de actividad económica. Y para clasificarlos como tales debemos acudir al art. 27.1 de la LIRPF⁶⁹⁸.

El tratamiento fiscal de las remuneraciones de los administradores y socios que prestan servicios a la sociedad era un asunto pacífico hasta el año 2008, cuando se traslada la doctrina del vínculo al ámbito fiscal por las SSTS de 13 de noviembre de

⁶⁹⁶ La DGT en CV núm. V2159-11 de 20 de septiembre de 2011 admite la concurrencia del ejercicio a la vez de funciones del cargo de administrador y de una relación laboral común. Aunque discrepamos de la citada consulta dada la aplicación de la doctrina del vínculo para las funciones ejecutivas (alta dirección) en el desempeño del cargo de administrador. En la misma línea que la DGT, encontramos las resoluciones del TEAC de 30 de junio de 2010 y 27 de enero de 2011.

⁶⁹⁷ Consúltese la nota de la AEAT núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, sobre “*consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles*”, p. 2.

⁶⁹⁸ La calificación de la remuneración de los administradores como de actividad económica a los efectos conceptuales y normativos la hemos tratado en el apartado 8.1.2.c), al que nos remitimos.

2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º) y, en particular, al IRPF, dónde empezaron a surgir consultas dispares de la DGT generando confusión e inseguridad jurídica al respecto de su calificación⁶⁹⁹. La calificación de la remuneración en el tipo de rendimiento (actividad económica vs trabajo) dependerá de la naturaleza mercantil o laboral de la relación administrador-sociedad y sabemos que ante la equivalencia de funciones prevalece el carácter mercantil de la relación (teoría del vínculo).

A modo de recordatorio, señalar que la calificación de la remuneración del administrador se considerará como rendimiento de actividad económica cuando supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos necesarios para la prestación de tales servicios a la sociedad. Pero nos preguntamos cómo distinguir si los rendimientos por los servicios prestados a la sociedad pueden ser del trabajo o de actividad económica.

Precisamente, la calificación del rendimiento (remuneración) en una u otra categoría dependerá de la ordenación o no, por su cuenta, de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, he aquí la respuesta. Indudablemente, el administrador realiza esas actividades o servicios sin las condiciones propias de una relación laboral (o por cuenta ajena), como son la dependencia y la ajenidad. De manera

⁶⁹⁹ Así, por ejemplo, en la consulta núm. 0800-02 de 27 de mayo de 2002 manifestaba que “las retribuciones que perciban los socios-trabajadores por el trabajo que realizan para la sociedad en calidad de letrados como, en su caso, las cantidades que se percibiesen por la condición de administrador, tienen la calificación de rendimientos del trabajo”; o en la consulta núm. 0542-04 de 5 de marzo de 2004 aseguraba que los socios-trabajadores recibían de la sociedad retribuciones del trabajo y un complemento dinerario para satisfacer las cotizaciones al RETA, de manera que “si las cuotas del RETA son satisfechas por la sociedad, aquellas tendrán la consideración de retribución del trabajo en especie. Por el contrario, constituirán retribución dineraria en el supuesto de que la entidad realice pagos a los socios-trabajadores para que estos abonen las respectivas cuotas”. En otro sentido, en la CV núm. V1492-08 de 18 de julio de 2008 afirma que las remuneraciones que perciben los socios-profesionales por los servicios prestados (arrendamiento de servicios de asesoramiento legal y tributario) a la sociedad deben calificarse como rendimientos de actividades económicas, en base a “que no concurren las notas de dependencia y ajenidad propias de la obtención de rendimientos del trabajo”. Con posterioridad, la DGT en la CV núm. V2447-08 de 19 de diciembre de 2008 se pronuncia en el sentido de que “la realización por el socio de una entidad mercantil de las funciones de gerencia comporta que los rendimientos que puedan obtenerse por tal motivo proceda calificarlos como derivados del trabajo, ya sea por tratarse de labores de administrador de la sociedad o por llevar su gestión administrativa bajo las directrices de los órganos de administración”; y en la CV núm. V0918-09 de 30 de abril de 2009 clasifica como rendimientos del trabajo las remuneraciones satisfechas por una sociedad dedicada a la prestación de servicios de consultoría y formación, aplicando la exención prevista por trabajos realizados en el extranjero, con independencia de que los trabajadores tengan la condición o no de socio.

El TEAC en las Resoluciones de 26 de febrero y de 17 de noviembre de 2009 rechaza la regularización practicada por la Inspección de la AEAT al considerar como rendimiento del trabajo las remuneraciones por servicios profesionales de los socios, y ello por la ausencia de las notas características de la relación laboral.

similar, la DGT en la CV núm. V0586-06 de 31 de marzo de 2006 menciona al respecto que “la calificación de una renta procedente del trabajo personal como rendimiento del trabajo o de la actividad económica depende de que el contribuyente ordene o no, por su cuenta los medios de producción y los recursos humanos. Lógicamente, cuando un contribuyente presta sus servicios en el ámbito de una relación laboral, y por consiguiente se dice que trabaja por cuenta ajena, no puede calificarse el rendimiento como propio del ejercicio de una actividad económica”⁷⁰⁰. Y concluye que “de no tener dicho carácter (de actividad económica) tales rendimientos se calificarán como rendimientos del trabajo”. También, en la CV núm. V2159-11 de 20 de septiembre de 2011 aclara que “en ausencia de las notas dependencia y ajenidad que caracterizan la obtención de rendimientos del trabajo, cabe entender que los socios-profesionales ejercen su actividad ordenando los factores productivos por cuenta propia en el sentido del art. 27 de la LIRPF y por tanto desarrollan una actividad económica, aunque los medios materiales necesarios para el desarrollo de sus servicios sean proporcionados por la entidad”⁷⁰¹.

Por su parte, la AEAT en el punto 2 de su nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012 sobre “consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles”, indica que la calificación como rendimiento de actividad económica exige el cumplimiento de dos requisitos que denomina esenciales, como son:

- La ordenación por cuenta propia de los factores de producción.
- La existencia de medios de producción en sede del socio.

Estudiemos con un poco más de detenimiento estos requisitos, aunque previamente conviene señalar que analizaremos la ordenación por cuenta propia y la existencia de factores de producción en la propia persona física (administrador) y que si tiene además la cualidad de socio le influye para su calificación, matizando los requisitos apuntados por la referida Nota de la AEAT⁷⁰². Claro está que pueden concurrir en una misma

⁷⁰⁰ Véase la DGT en la CV núm. V0586-06 de 31 de marzo de 2006 que se plantea el modo de atribución de las cantidades percibidas por los socios, como una nómina o como socio profesional trabajador.

⁷⁰¹ Consúltase la DGT en la CV núm. V1492-08 de 18 de julio de 2008 y en la CV núm. V2159-11 de 20 de septiembre de 2011, sobre propuestas de si las retribuciones percibidas por un socio mayoritario, administrador único y profesional por las actividades que realiza deben calificarse como rendimientos del trabajo o como de actividades económicas.

⁷⁰² Aunque la nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, de la AEAT se centra en la prestación de servicios de los socios en las SA y SL y en servicios de gerencia y profesionales, la realidad empresarial es muy

persona física la condición de administrador, trabajador que presta servicios a la sociedad y socio, lo que nos dará lugar a una calificación distinta por unos u otros rendimientos percibidos. Recordemos que las remuneraciones recibidas por las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) desempeñadas del administrador serán consideradas como rendimientos del trabajo. Por su parte, los rendimientos derivados de las prestaciones de servicios realizados a la sociedad, distintos de los anteriores, serán calificados de actividad económica (empresarial o profesional). Por ejemplo, un administrador puede no percibir remuneración alguna por el cargo en su condición de tal por ser gratuito y, en cambio, verse retribuido por los servicios prestados a la sociedad que los denominaremos como rendimientos de actividad económica. Y sólo si no tienen ese carácter podrán clasificarse como rendimientos del trabajo. Veámoslo a continuación.

1. El administrador ordena por cuenta propia los factores de producción.

Como hemos mencionado, existe la posibilidad de que el administrador realice servicios para la sociedad aparte de las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) de administrador societario, es decir, nos referimos a una actividad por cuenta propia. Por ese motivo, este requisito significa que no han de existir las notas de dependencia y ajenidad propias de la relación laboral, lo que supone diferenciar entre el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena⁷⁰³. Ello obliga a estudiar caso a caso para delimitar la presencia o no de las características laborales y analizar la relación que vincule administrador con la sociedad para calificar los rendimientos que obtenga. Según la STS de 7 de noviembre de 2007 (FJ 8º)⁷⁰⁴ es necesario examinar “la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto”, siendo irrelevante la denominación de la relación contractual efectuada por las partes. Y al respecto razona con acierto que “en el contrato de

distinta ya que abundan las PYMES dónde coexisten en una misma persona la condición de socio, administrador y trabajador en la estructura interna de la sociedad. Criticamos que la AEAT no fuera consciente de semejante realidad y no manifestara nada al respecto.

⁷⁰³ De manera similar, LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 118 y 119, opina que “para que se califique los rendimientos como procedentes de una actividad económica no se pueden encontrar las notas propias de la laboralidad (ajenidad, dependencia, voluntariedad y remuneración) que son las definidoras de la relación de trabajo”.

⁷⁰⁴ Consúltense la interesante STS de 7 de noviembre de 2007 (FJ 8º) dónde se analiza la jurisprudencia en la calificación de los contratos, la alternativa de contrato de trabajo o de arrendamientos de servicios y los indicios comunes de las notas de dependencia y ajenidad en la doctrina jurisprudencial. Cabe añadir que la citada Sentencia ha servido de argumentación a la AEAT para esclarecer los criterios de calificación de los rendimientos a los efectos del IRPF en la ya referida nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012.

arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”.

Asimismo, la citada Sentencia recoge con bastante destreza la manifestación de las notas de dependencia y ajenidad acudiendo a un conjunto de hechos reveladores de una y otra, de esta manera, apunta que “los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador”. Y prosigue que “(los) indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”.

Ergo, concluimos que si se encuentran las características de dependencia y ajenidad no se producirá la ordenación por cuenta propia de factores de producción. Sin embargo, si añadimos la cualidad de socio o propietario parece más claro, a nuestro

entender, la identificación de la ordenación de factores por cuenta propia y desarrollar una actividad económica. Al respecto, resulta ilustrativa la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2004 (FJ 2º) que considera la condición de socio como un síntoma de la inexistencia de las notas distintivas de la relación laboral⁷⁰⁵ y apunta que “un dato de trascendencia en la *litis*, evidenciado por el Juez “*a quo*”, es la condición de socio del actor, con una participación del 2,1723 % del capital social, siendo titular de 382 participaciones, que contrariamente a lo señalado por el actor, no es una mera apariencia formal”. Del mismo modo, la DGT en la CV núm. V1492-08 de 18 de julio de 2008, señala como relevante la condición de socio “por cuanto a través de ella participan en las decisiones sobre la organización de la actividad desarrollada por la entidad y asumen riesgos, diluyendo de esta forma las notas de dependencia y ajenidad que pudieran existir”. Y acertadamente aclara que “este indicio no sería relevante en caso de que el grado de participación en la entidad fuera puramente testimonial, o una mera apariencia formal”. En consecuencia, ejercen su actividad o servicio ordenando los factores de producción por cuenta propia y procede calificar los rendimientos obtenidos como de una actividad económica.

Esto no quiere decir que no pueda darse el supuesto de que teniendo la condición de socio sí concurren las notas de dependencia y ajenidad; o dicho de otra manera, cabe la posibilidad que un socio (y administrador) no lleve a cabo la ordenación de los factores de producción por cuenta propia⁷⁰⁶. En todo caso, coincidimos con LUCENA GRACIA que sostiene que “la consideración o no de la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad es una cuestión de hecho por lo que deberá analizarse cada caso concreto la existencia o no de las mismas, teniendo en cuenta todos los elementos de prueba correspondientes más allá de la mera participación en un determinado porcentaje en el

⁷⁰⁵ Véase la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2004 (FJ 2º) que analiza la relación laboral o de prestación de servicios entre el abogado y socio de una sociedad con la propia entidad. Además, recoge en su resolución reiterada jurisprudencia contenida en otras coincidentes Sentencias resolviendo supuestos similares, de tal forma que “tal relación no puede jurídicamente encuadrarse y calificarse como contrato de trabajo dado que la línea divisoria de la relación laboral viene determinada por lo que la doctrina jurídica denomina integración en el círculo rector y disciplinario del empresario” y, por lo tanto, “la relación mantenida entre los contendientes reviste los requisitos y caracteres propios de trabajos de colaboración o arrendamientos de servicios”.

⁷⁰⁶ Tal es el caso de la CV de la DGT núm. V0918-09 de 30 de abril de 2009, donde la entidad consultante es una empresa dedicada a la prestación de servicios de consultoría y formación a clientes extranjeros; y algunos de sus trabajadores además son socios de dicha sociedad. Partiendo de la base de que todos los trabajadores, incluidos los socios, tienen una relación laboral con la sociedad, afirma que “el hecho de que alguno de los trabajadores por cuenta ajena tenga además la condición de socio de la empresa, no modifica el resultado en cuanto a la posible aplicación o no de la exención de los rendimientos recibidos por trabajos realizados en el extranjero”.

capital de la sociedad”⁷⁰⁷. No obstante, cuando el socio posea más del 50 % de participación en el capital social (o control efectivo) será difícil demostrar las notas características laborales y, por ende, existirá la ordenación por cuenta propia de los factores de producción en la prestación de servicios o actividad económica⁷⁰⁸. Pasemos al segundo requisito para la calificación como rendimiento de actividad económica.

2. La existencia de factores de producción en sede del administrador.

Resulta también fundamental calibrar la existencia de este requisito para poder calificar como rendimiento de actividad económica las remuneraciones percibidas por parte del administrador en el desarrollo de la prestación de servicios para la sociedad por cuenta propia. Recordemos que la titularidad de los factores de producción incide directamente en la distinción del tipo de rendimientos de la actividad económica en: empresarial y profesional. Para las actividades empresariales el factor material es el predominante y para las actividades profesionales lo es el factor humano o la capacitación profesional de la persona que presta los servicios.

En este sentido, la AEAT en la ya reiterada nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, afirma que para el caso de los servicios profesionales (abogados, economistas, médicos, arquitectos,...) precisamente el factor de producción más importante reside en la propia persona física, esto es, su capacitación profesional⁷⁰⁹. Por consiguiente, en estos casos siempre tendremos existencia de factores de producción en sede del administrador y las remuneraciones percibidas serán denominadas como rendimientos de actividades económicas. Hasta aquí estamos de acuerdo.

⁷⁰⁷ LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. p. 264, advierte que la consideración de socio complica el tratamiento fiscal de los rendimientos de actividad económica.

⁷⁰⁸ Compruébese al respecto el art. 1.2.c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, sobre los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo y su remisión al art. 305.2.b) de la LGSS, que no olvidemos que, en todo caso, *iuris et de iure* se produce el control efectivo “cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social”. Igualmente, este criterio de participación en el capital de la sociedad ya ha sido recogido en la jurisprudencia, entre otras, las SSTs de 29 de enero de 1997 (FJ 2º); de 30 de enero de 1997 (FJ 2º); y de 20 de octubre de 1998 (FJ 3º). Como también, la DGT, entre otras tantas, en la CV núm. V0179-09 de 2 de febrero de 2009, sobre dos personas físicas que son socios de una sociedad profesional y realizan para la sociedad los trabajos propios de la actividad profesional que constituye su objeto social, por lo que dada “la relación que une los socios-profesionales con la entidad no se aprecia la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad”.

⁷⁰⁹ La AEAT, en la citada nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, manifiesta que “se trata de servicios (profesionales) cuya contratación tiene un marcado carácter *intuitu personae*, de manera que los medios materiales necesarios para el desempeño de sus servicios proporcionados por la entidad son de escasa relevancia frente al factor humano”.

Sin embargo, la cualificación o capacitación profesional⁷¹⁰ de una persona física puede ser adquirida a través de formación o por experiencia laboral, por vía legal o práctica, y normalmente residirá en ella misma, ya sea trabajador, administrador o socio. Por eso, criticamos lo indeterminado que resulta la calificación de los rendimientos como de actividades económicas de naturaleza profesional en base a esa capacitación profesional sin más y a la casuística de la existencia o no de factores de producción en sede de la persona física a la que nos deriva la AEAT. Así por ejemplo, un abogado tiene la capacitación para el ejercicio de una profesión liberal y también un transportista en posesión de la capacitación profesional puede desarrollar su actividad; por el contrario, mientras que el primero ejercerá una actividad económica de naturaleza profesional, el segundo será de índole empresarial y ambos tienen la capacidad profesional *de facto* en sede de la propia persona física.

En opinión de la AEAT⁷¹¹ “resulta esencial analizar en cada caso concreto la presencia o ausencia de las notas de dependencia y ajenidad y la existencia o no de medios de producción en sede del socio, sólo en ausencia de tales notas cabrá entender que los socios de la entidad ejercen su actividad ordenando los factores productivos por cuenta propia en el sentido del art. 27 de la LIRPF y por tanto desarrollan una actividad económica. Por el contrario, la calificación de los mismos será de rendimiento del trabajo cuando existan las citadas notas de dependencia y ajenidad o cuando se carezca de los citados medios de producción”. Y concluye que “la existencia de tales notas y medios de producción es una cuestión de hecho, correspondiendo su valoración a los órganos de gestión e inspección de la Administración Tributaria y pudiendo ser acreditada por el contribuyente a través de medios de prueba admitidos en Derecho, según dispone el art. 106 de la LGT⁷¹²”. Si bien es justo reconocer que es difícil crear situaciones tipo adaptadas a la tan variada realidad empresarial, tal criterio no lo compartimos del todo por ser poco aclaratorio e inseguro en la calificación fiscal en el

⁷¹⁰ La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, en su art. 7.4. a) entiende como cualificación profesional “el conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral”; y en la letra b) del mismo precepto define la competencia profesional como “el conjunto de conocimientos y capacidades que permitan el ejercicio de la actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo”.

⁷¹¹ Véase la nota núm. 1/12, de 22 de marzo de 2012, publicada por el Departamento de Gestión Tributaria, de la AEAT, a la que ya hemos hecho diferentes alusiones y que en este apartado estamos examinando.

⁷¹² La LGT en su art. 106 legisla las normas sobre medios y valoración de la prueba en las actuaciones y procedimientos tributarios.

IRPF de las remuneraciones percibidas por los socios-administradores, sobre todo como consecuencia de la confusión que se deriva de las definiciones de rendimientos del trabajo y de actividades económicas comprendidas en la propia LIRPF.

A mayor abundamiento, discrepamos de la interpretación que hace la AEAT de la definición de rendimientos de actividades económicas contenida en el art. 27.1 de la LIRPF vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, pues comprobamos que la ordenación por cuenta propia de los factores de producción del administrador ocasiona la existencia de una actividad económica en sede del administrador e independiente de la actividad económica de la sociedad, y nada dice que haya de concurrir con la existencia o no de medios de producción en sede de la persona física.

Por suerte, la modificación introducida para el año 2015 de la LIRPF, ha incorporado una regla especial para identificar con mayor certeza al menos los rendimientos de actividades económicas profesionales y con la intención de aportar una seguridad jurídica que no existía hasta entonces⁷¹³. Si bien esta normativa específica tiene su aplicación si la persona física (administrador) tiene la condición de socio⁷¹⁴. En este caso, se deducirán de esa naturaleza profesional cuando los rendimientos obtenidos provengan de una sociedad en la que el contribuyente sea socio, deriven de la realización de actividades incluidas en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE⁷¹⁵ (actividades que de desempeñarse individualmente por el socio-administrador ocasionaría el alta en el IAE) y el contribuyente esté encuadrado en el RETA o en una mutualidad de previsión social alternativa⁷¹⁶. Es decir, con la reforma se abandona el

⁷¹³ La LIRPF ha sido modificada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, y, en concreto, el art. 27.1 sobre rendimientos íntegros de actividades económicas que recoge una norma especial y objetiva para las actividades económicas profesionales y que desafortunadamente no tiene efectos anteriores a su vigencia.

⁷¹⁴ Insistimos una vez más que en nuestro trabajo de investigación tratamos la calificación a los efectos del IRPF de la remuneración de los administradores sin la cualidad de socio. Y, en todo caso, cualquier mención a dicha condición nos resulta necesaria para una mejor comprensión de la exposición, no siendo objeto del presente trabajo la calificación de las remuneraciones de los socios de las sociedades de capital.

⁷¹⁵ Evocamos al RDLeg 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del IAE, en cuyo anexo I se incluyen las tarifas del IAE en tres Secciones, la Primera versa sobre las actividades empresariales, la Segunda las profesionales y la Tercera las artísticas.

⁷¹⁶ El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, define el concepto de trabajador autónomo, según redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; y en su apartado 1.2.c) declara expresamente comprendidos a “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 mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella” y según lo prevenido en el art. 305 de la LGSS que determina la extensión del campo de aplicación del RETA.

criterio establecido hasta entonces de valorar las particularidades concurrentes de cada caso concreto. En definitiva, a partir de ahora, podemos clasificar como rendimientos de actividad económica profesional los obtenidos por el administrador si se cumplen los siguientes requisitos:

- La prestación de servicios de carácter profesional para la sociedad;
- La condición de socio; y
- La afiliación en el RETA o mutualidad alternativa.

De la interpretación del precepto nos queda la duda sobre si la exigencia de la realización de actividades incluidas en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE es sólo para el socio-administrador o también para la sociedad. Como, por ejemplo, una sociedad que presta servicios profesionales de asesoramiento jurídico y fiscal que tiene como socio-administrador a un economista y le satisface rendimientos por el ejercicio de su profesión relativos a la dirección contable y financiera de la sociedad. O el caso de una sociedad que realiza actividades empresariales de construcción en la que uno de los socios-administrador es arquitecto y se le retribuyen honorarios correspondientes a un proyecto técnico realizado. Parece ser que la solución viene dada en la propia norma al mencionar que tal calificación será para aquellos rendimientos que procedan de una actividad económica prestada por el socio-administrador para la sociedad y esté incluido a tal efecto en el RETA o en una mutualidad alternativa. Por lo que entendemos que esta regla será de aplicación en los casos en que el socio-administrador desarrolle la misma actividad profesional que su sociedad.

Al respecto, la DGT se ha pronunciado en varias consultas destacando la CV núm. V1148-15 de 13 de abril de 2015⁷¹⁷ que analiza de manera certera los anteriores

⁷¹⁷ Consúltense la CV núm. V0276-15 de 26 de enero de 2015 que trata de la fiscalidad de los servicios prestados por un socio, que desarrolla su trabajo incluido en el RETA, a una SL dedicada a la gestión laboral y confección de nóminas. Así, la DGT diferencia entre la tributación que corresponde a los rendimientos recibidos por el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador, que serán del trabajo, y la que concierne por la prestación de servicios distintos de los anteriores (cumpliéndose los requisitos del art. 27.1 de la LIRPF). De modo similar, la CV núm. V1147-15 de 13 de abril de 2015, concluye que la actividad no tienen la naturaleza de profesional en los términos de la nueva regla y los rendimientos percibidos serán del trabajo. Si bien distinguimos, por su visión más completa detallando la tributación en los tres impuestos afectados por el ejercicio de una actividad económica, como son: el IRPF, el IVA y el IAE, la CV núm. V1148-15 de 13 de abril de 2015, dónde se cuestiona la tributación en el IRPF por la remuneración correspondiente a los servicios prestados por el abogado y socio de la SL a la sociedad, cuyo objeto social es la asesoría de empresas, estando de alta en el RETA y teniendo en cuenta el nuevo redactado del art. 27.1 de la LIRPF.

requisitos contenidos en la innovadora norma. En consecuencia, clarifica que la regla específica de calificación “no se refiere a las actividades que pueda realizar un socio a título individual o al margen de la sociedad, sino a las actividades realizadas por el socio a favor de la sociedad o prestadas por la sociedad por medio de sus socios”. Y en esas actividades, prosigue, se diferencian dos relaciones jurídicas a efectos fiscales: “la establecida entre el socio y la sociedad, en virtud de la cual el socio presta sus servicios a aquella, constituyendo la retribución de la sociedad al socio renta del socio a integrar en su IRPF, y la relación mantenida entre el cliente y la sociedad, cuya retribución satisfecha por el cliente a la sociedad constituye renta de la sociedad a integrar en el IS”. Recordemos que la norma contiene la exigencia de que la actividad económica que se realice esté incluida en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE (profesionales), así pues la citada consulta aporta la novedad de que ese requisito “debe exigirse a la actividad realizada tanto por el socio como por la sociedad”. Esto es, la prestación de servicios que realiza el socio-administrador para la sociedad debe ser catalogada como de actividad económica profesional, al igual que la actividad desarrollada por la sociedad, pero con independencia de la matriculación formal de la sociedad en la Sección Primera de las Tarifas del IAE (empresarial) y como también de que el socio esté dado de alta o no en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE (profesionales).

Por lo tanto, coincidimos con la DGT que de este modo queda delimitado el ámbito subjetivo de las actividades económicas profesionales a todas las sociedades que desarrollen la prestación de servicios profesionales a los que se refiere la Sección Segunda de las Tarifas del IAE⁷¹⁸. Además, añade de manera razonable en la mencionada consulta que “será necesario igualmente que la actividad desarrollada por el socio en la entidad sea precisamente la realización de los servicios profesionales que

⁷¹⁸ Asimismo también quedarán comprendidas las sociedades definidas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que aludimos a los efectos ilustrativos de la exposición si bien no forman parte de este trabajo de investigación. Y que en su art. 1.1 las define como aquellas “sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional”, deduciéndose como actividad profesional “aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional”. Además, establece que “hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente”. Siempre que se trate de este tipo de sociedades profesionales encuadradas en la citada Ley, sus socios estarán integrados en el RETA sea cual sea el grado de participación en la sociedad, conforme a lo estipulado en la disposición adicional quinta. De acuerdo con esto, se sugiere relevadora la STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014 (FFJJ 2º y 3º) analizando el encuadramiento de los socios profesionales a los que la Ley de sociedades profesionales hace mención en la SS.

constituyen el objeto de la entidad, debiendo entenderse incluidas, dentro de tales servicios, las tareas comercializadoras, organizativas o de dirección de equipos, y servicios internos prestados a la sociedad dentro de dicha actividad profesional”.

Pese a ello, criticamos que el nuevo art. 27.1 de la LIRPF no aporte una mayor seguridad legal y coincidimos con DURÁN-SINDREU BUXADÉ en la falta de un concepto fiscal propio de actividad profesional, sin tener que remitirse a la normativa laboral⁷¹⁹. Para el autor, sería más fácil suponer que “en el ejercicio de las actividades profesionales, la ordenación por cuenta propia de los medios de producción reside siempre en sede del socio sin perjuicio de que su único destinatario sea una sociedad de servicios profesionales en las que el socio participa”. Y señala oportunamente la inconveniencia de incorporar conceptos propios del Derecho Laboral como, por ejemplo, “el encuadramiento en el RETA (que) está en la mayoría de los casos construido en base a presunciones que admiten prueba en contrario y que requieren, aunque no siempre, es cierto, el análisis individualizado del caso en concreto”. Además de ser “una materia sujeta a modificaciones normativas y a apreciaciones jurisprudenciales”, razonamiento que compartimos.

En suma, si se cumplen los requisitos anteriores relativos a la actividad tanto para la sociedad como para el socio-administrador, el hecho objetivo que dicta la norma es la inclusión en el RETA (o mutualidad alternativa) de la persona física, entonces los servicios prestados al margen de su condición de administrador tendrán la consideración de rendimientos de actividad económica de naturaleza profesional. Por su parte, observaremos el carácter empresarial de la prestación de los servicios por parte del administrador cuando se desarrolle una actividad englobada en la Sección Primera de las Tarifas del IAE, sin la presencia de las notas de dependencia y ajenidad y la titularidad del factor material que predomina sobre el factor humano. También, para este caso, si sumamos la condición de socio será un síntoma evidente del ejercicio de una actividad económica pero de tipo empresarial, cuya inserción en el RETA se infiere que

⁷¹⁹ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., pp. 154 y 155, recuerda también que “la finalidad que el Derecho de la SS y el Derecho de Trabajo persigue nada tiene que ver con la que rige el Derecho Tributario”. Por poner un ejemplo, podemos citar a la STSJ de Castilla-León de 28 de abril de 2014 (FJ 2º), que confirma la relación laboral existente entre la sociedad y los odontólogos “porque los contratos que han suscrito con la (sociedad) no son realmente de arrendamiento de servicios sino de trabajo ya que la forma en que prestan sus servicios es la propia de tal clase de contrato según lo define el art. 1.1 del ET”.

dependerá del control efectivo que posea de la sociedad (en los términos ya expresados del art. 305 de la LGSS). De todas formas, las sociedades que desarrollen actividad empresarial quedan fuera del ámbito de aplicación de la novedosa norma especial para las actividades profesionales.

Sin embargo, no queda patente en ambos casos (profesional y empresarial), a nuestro entender, qué ocurre cuando el socio-administrador no ostenta el control efectivo de la sociedad y, por tanto, no está integrado en el RETA o régimen alternativo⁷²⁰. Opinamos que en apariencia existe actividad económica y proponemos que habrá que analizar caso a caso los requisitos de dependencia y ajenidad en la ordenación de los factores de producción y la existencia de esos factores predominantes que residen en la persona física.

Por el contrario, podemos concluir que la calificación de los servicios prestados por el socio-administrador deberá ser como rendimiento del trabajo por exclusión, es decir, si no se cumple con lo establecido en el art. 27 de la LIRPF para las actividades económicas. Así, tal y como dispone el art. 17.1 de la LIRPF se reputarán rendimientos del trabajo las contraprestaciones que deriven “del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas”. *Ergo*, la fiscalidad en el IRPF de los servicios prestados como rendimientos de actividad económica o del trabajo estará supeditada a la naturaleza mercantil o laboral de la relación socio-administrador y sociedad⁷²¹.

Finalmente, advertir que esa nueva norma conceptual de los rendimientos de actividades económicas profesionales que hemos examinado, no tiene su equivalencia

⁷²⁰ Hay que recordar que el encuadramiento en el RETA puede devenir por el porcentaje de participación en la sociedad o por motivos de convivencia. De acuerdo con el art. 305.2.b) de la LGSS, en todo caso, se posee el control efectivo con el 50 % del capital social y supuestamente, *iuris tantum*, cuando la mitad del capital social esté distribuido entre socios, con los que haya convivencia y parentesco (hasta el segundo grado); cuando la participación social sea como mínimo de 1/3 del mismo; y cuando se ostente una representación igual o superior al 25 % del capital, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

⁷²¹ La DGT en la CV núm. V1613-15 de 26 de mayo de 2015, y que se remite a otras consultas anteriores, señala que la calificación de la relación que une al socio profesional con la sociedad a los efectos del IRPF deberá tener en cuenta las notas de dependencia y ajenidad, de modo que en ausencia de tales notas que “caracterizan la obtención de rendimientos del trabajo, cabe entender que los socios-profesionales ejercen su actividad ordenando los factores productivos por cuenta propia en el sentido del art. 27 de la LIRPF y por tanto desarrollan una actividad económica, aunque los medios materiales necesarios para el desempeño de sus servicios sean proporcionados por la entidad”. Igual argumentación encontramos en la CV núm. V2434-15 de 30 de julio de 2015.

en otros tributos como el IVA que trataremos en el capítulo 11 próximo. Mientras tanto, en el siguiente apartado nos planteamos unos supuestos prácticos, entre otros muchos que pueden darse, de las funciones prestadas por el administrador a la sociedad y así determinar la correcta calificación de las remuneraciones percibidas como rendimientos del trabajo y como procedentes de una actividad económica.

c) Supuestos de hecho.

Con anterioridad al análisis de la calificación de las remuneraciones en los supuestos de hecho que proponemos, recopilamos en el siguiente cuadro nuestra interpretación, y que defendemos, acerca de los rendimientos obtenidos por el administrador societario en el ámbito del IRPF como del trabajo vs de actividad económica. Comprobémoslo:

Situación	Tipo de funciones	Características	Calificación renta
ADMINISTRADOR	No ejecutivas	- Propias administrador como tal. - Influye condición socio.	Rendimiento del trabajo por relación mercantil
	Ejecutivas	- Tareas alta dirección. - Tareas comunes. - Influye condición socio.	Rendimiento del trabajo por relación laboral
	Servicios no profesionales	- Ordena factores por cuenta propia. - No dependencia. - No ajenidad. - Factor material. - Actividad Sección Primera IAE. - Influye condición socio y control efectivo.	Rendimiento de actividad económica de naturaleza empresarial
	Servicios profesionales	- Ordena factores por cuenta propia. - No dependencia. - No ajenidad. - Factor humano. - Actividad Sección Segunda IAE. - Influye condición socio y control efectivo. Regla especial.	Rendimiento de actividad económica de naturaleza profesional

Tabla 3: La calificación de los rendimientos del administrador por las funciones prestadas a la sociedad.

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a las situaciones prácticas que a continuación exponemos por los servicios prestados por el administrador a la sociedad, convenir que lo que se pretende es obtener la calificación correcta a los efectos del IRPF por las remuneraciones recibidas por tales servicios. Pero reiterar que también es fundamental la valoración de esos rendimientos (vinculación y operaciones vinculadas) ya que incide directamente en el tributo a pagar. Por último, es necesario advertir que las posibilidades que la realidad empresarial nos ofrece son numerosas y que tan sólo recogemos algunos casos concretos y habituales para que ayuden a la comprensión de la exposición del trabajo.

Supuesto 1.- Un administrador societario que recibe remuneración por el ejercicio del cargo.

En este caso, los ingresos percibidos por el administrador son remuneraciones propias del cargo como tal y la calificación que le corresponde son rendimientos del trabajo por mandato legal (art. 17.2.e) de la LIRPF) o relación mercantil. No obstante, según la posición que defendemos de separación de funciones (ejecutivas y no ejecutivas) con independencia del órgano de administración de la sociedad, debería poder diferenciarse una remuneración por la gestión social (relación mercantil) y otra por la diaria (relación laboral de alta dirección o común). Ambas serían rendimientos del trabajo, pero la primera por mención legal del art. 17.2.e) de la LIRPF, mientras que la segunda derivada de una relación laboral de carácter especial (art. 17.2.j) de la LIRPF) o común (art. 17.1 de la LIRPF). Respecto a su valoración decir que las remuneraciones por el ejercicio de las funciones de administrador están excluidas expresamente como supuesto de vinculación (art. 41 de la LIRPF que nos remite a la LIS de 2015 y, en concreto, a su art. 18.2.b)).

Supuesto 2.- Un administrador societario que recibe remuneración por el cargo y por funciones de alta dirección como Director-gerente.

En esta situación la remuneración se separa por las funciones no ejecutivas o propias del cargo por su condición de tal y por las funciones ejecutivas o la gestión diaria de la empresa, coincidente con las de alta dirección. Así, las funciones indelegables o no ejecutivas del cargo las calificaremos como del rendimiento del trabajo por disposición legal (art. 17.2.e) de la LIRPF) o relación mercantil, en tanto que las de Director-gerente también como rendimiento del trabajo pero como consecuencia de una relación laboral especial (art. 17.2.j) de la LIRPF). En cuanto a su valoración, las

remuneraciones por desempeño de sus funciones de administrador (ejecutivas y no ejecutivas) no son operación vinculada (en referencia al art. 18.2.b) de la LIS de 2015).

Supuesto 3.- Un administrador societario que el ejercicio del cargo es gratuito y recibe ingresos por prestar servicios como Jefe de contabilidad.

La cuestión planteada no produce ninguna renta para el administrador por el cargo al ser gratuito y, en todo caso, la calificación sería como rendimiento del trabajo por precepto legal (art. 17.2.e) de la LIRPF) de remuneraciones de los administradores y la valoración está exenta del régimen de vinculación en lo relativo a la prestación de funciones que comporta el cargo de administrador (art. 18.2.b) de la LIS de 2015). Respecto a las funciones de Jefe de contabilidad desarrolladas al margen de la condición de administrador tendrán la denominación de rendimientos del trabajo derivados de una relación laboral común (art. 17.1 de la LIRPF) en condiciones de dependencia y ajenidad, eso sí, sería recomendable que tales funciones se regularan en un contrato de servicios laborales con la sociedad para determinar la dependencia dentro del ámbito de organización y dirección de la sociedad y su remuneración. Para estas funciones sí existe vinculación y deberán valorarse a valor de mercado (por remisión al art. 18 de la LIS de 2015).

Supuesto 4.- Un administrador societario que se le retribuye por las funciones de administrador y por realizar prestaciones de servicios de albañilería para la sociedad dedicada a la construcción, con vehículo y equipos de material propio.

La clasificación correspondiente a las remuneraciones por el cargo de administrador o relación mercantil será de rendimiento del trabajo por expresa mención legal (art. 17.2.e) de la LIRPF) para las funciones propias del cargo como tal o no ejecutivas y su valoración está exenta del régimen de operaciones vinculadas (art. 41 de la LIRPF que cita al art. 18 de la LIS de 2015 y, en particular, lo contenido en el apartado 2.b) del citado precepto). Por su parte, las prestaciones de servicios desarrolladas por el administrador al margen de su condición y para la sociedad se presumirán rendimientos de actividad económica si no se cumplen los requisitos de ajenidad y dependencia (art. 27.1 de la LIRPF), es decir, una relación mercantil. El administrador ordena por cuenta propia factores de producción materiales (vehículo y equipos), que son de su titularidad y de mayor relevancia frente al factor humano, además la actividad realizada es de carácter empresarial incluida en la Sección Primera de las Tarifas del IAE. La

valoración de las remuneraciones por la prestación de servicios empresariales se calculará a valor de mercado (arts. 28.4 y 41 de la LIRPF y 18.5 de la LIS de 2015).

Supuesto 5.- Un administrador societario que se le retribuye por las funciones de administrador y por prestar servicios de economista para una sociedad dedicada al asesoramiento jurídico y fiscal.

Las remuneraciones abonadas por el cargo de administrador como tal son rendimiento del trabajo producto de la relación mercantil con la sociedad y expresamente recogido en el art. 17.2.e) de la LIRPF, cuya valoración está excluida de los supuestos de vinculación por el art. 18.2.b) de la LIS de 2015 al que nos remite el art. 41 de la LIRPF. En cambio, las rentas percibidas por la prestación de servicios de economista para la sociedad serán consideradas como rendimientos de actividades económicas al no cumplir con las notas laborales de dependencia y ajenidad (art. 27.1 de la LIRPF). El administrador desempeña otros servicios con independencia de su condición de tal, ordena por cuenta propia factores de producción siendo el más importante el humano o capacidad personal y la actividad desarrollada se encuentra dentro de la Sección Segunda de las Tarifas del IAE, así podemos clasificarla como de profesional. En este supuesto no opera la regla especial para rendimientos de actividades profesionales por no tener la condición de socio. Estos rendimientos profesionales deberán valorarse a valor de mercado en aplicación de los arts. 28.4 y 41 de la LIRPF y 18.5 de la LIS de 2015.

Supuesto 6.- Un socio-administrador que posee el 10 % de la sociedad dedicada al transporte, se le retribuye por el cargo de administrador y por el trabajo desempeñado de transportista.

La separación de funciones del administrador que venimos defendiendo a lo largo de nuestro trabajo conlleva calificar como rendimientos del trabajo por mandato legal a las funciones no ejecutivas o relación mercantil (art. 17.2.e) de la LIRPF) y también del trabajo pero derivadas de relación laboral de alta dirección a las funciones ejecutivas (art. 17.2.j) de la LIRPF). Resulta aconsejable determinar un régimen de remuneración distinto para las funciones del administrador, dada su diferente calificación y consecuencias fiscales (por ejemplo, retenciones o exenciones). Además, en este caso la condición de socio no altera la relación laboral de alta dirección (notas de dependencia y ajenidad) por las funciones ejecutivas ya que no hay control efectivo de la sociedad (art.

305.2.b) de la LGSS). La valoración de las remuneraciones por el ejercicio de las funciones de administrador queda fuera de la aplicación del régimen de vinculadas (art. 41 de la LIRPF que nos remite a la LIS de 2015 y, en concreto, a su art. 18.2.b)). En cuanto a las remuneraciones recibidas por las tareas de transportista se estimarán como rendimientos del trabajo por cuenta ajena, pues se trata de una relación donde no controla la sociedad (10 %) y no hay organización por cuenta propia de los factores de producción que son de la sociedad, en suma, trabaja en condiciones de dependencia (dentro del ámbito de organización y dirección de la sociedad) y ajenidad porque se retribuye por esos servicios (art. 17.1 de la LIRPF). Estas prestaciones de servicios se valorarán a valor de mercado en aplicación del art. 41 de la LIRPF y del art. 18 de la LIS de 2015.

Supuesto 7.- Un socio-administrador que posee el 90 % de la sociedad dedicada a la pintura y decoración, siendo el cargo de administrador gratuito y percibe remuneración por prestación de servicios de pintura con herramientas propias.

El cargo de administrador como tal es gratuito, lo que significa que no hay rendimientos a calificar y declarar aunque, entonces, serían considerados como del trabajo por las remuneraciones de los administradores como tales (funciones no ejecutivas) expresamente recogido en el art. 17.2.e) de la LIRPF, teniendo la valoración exenta de los supuestos de vinculación (art. 41 de la LIRPF y art. 18.2.b) de la LIS de 2015). Conviene advertir que para el caso de percibir remuneración por las funciones ejecutivas, el control efectivo de la sociedad que tiene el administrador incide en la relación mercantil absorbiendo la laboral de alta dirección, no obstante, abogamos por la separación de funciones. Ahora bien, los ingresos abonados por la prestación de servicios de pintura se reputarán como rendimientos de actividad económica (art. 27.1 de la LIRPF), habiendo ordenación y organización por cuenta propia de los factores de producción (herramientas), control efectivo de la sociedad (art. 305.2.b) de la LGSS) y la actividad desarrollada se encuentra en la Sección Primera de las Tarifas del IAE o empresarial. Las remuneraciones por la prestación de servicios empresariales se calcularán a valor de mercado (arts. 28.4 y 41 de la LIRPF y 18.5 de la LIS de 2015).

Supuesto 8.- Un socio-administrador que posee el 60 % de la sociedad dedicada a la asesoría jurídica y recibe remuneraciones por las funciones de administrador y por los servicios prestados de abogado.

La calificación de las remuneraciones por las funciones de administrador será como de rendimientos del trabajo por mención legal del art. 17.2.e) de la LIRPF, si bien sostenemos la separación de funciones a pesar del control efectivo de la sociedad para así clasificar las remuneraciones por las ejecutivas producto de una relación laboral de alta dirección (art. 17.2.j) de la LIRPF). La valoración de la remuneración por el ejercicio de las funciones de administrador está exceptuada de las operaciones vinculadas (art. 41 de la LIRPF y art. 18.2.b) de la LIS de 2015). Por otro lado, la denominación de las rentas por los servicios prestados como abogado para la sociedad será de rendimientos de actividad económica ante la ausencia de las notas laborales dependencia y ajenidad. En este sentido, el socio-administrador ordena y organiza por cuenta propia los factores de producción siendo el más importante el humano o capacidad personal, desarrollando una actividad encuadrada en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE o profesional, coincidente con el objeto de la actividad profesional de la sociedad y estando dado de alta en el RETA por el control efectivo que tiene de la misma (art. 305.2.b) de la LGSS). *Ergo* se aplica la regla especial del art. 27.1 de la LIRPF para calificarlos de rendimientos de actividad económica profesional y su valoración vendrá calculada a valor de mercado, según lo establecido en los arts. 28.4 y 41 de la LIRPF y 18.5 y 6 de la LIS de 2015.

8.3.- LA TEORÍA DEL VÍNCULO EN OTROS ASPECTOS DEL IRPF.

Hemos apuntado con anterioridad que la teoría del vínculo influye de manera decisiva sobre el ámbito del IRPF de modo que la calificación de las remuneraciones de los administradores se ve afectada⁷²². Ciertamente, los ingresos percibidos por el administrador son rentas del trabajo y no debería existir problemas fiscales para calificarlos como rendimiento del trabajo, excepto que realmente deriven de una

⁷²² Véase el apartado 8.2.2. sobre la calificación de las remuneraciones percibidas por el administrador como rendimiento del trabajo y como actividad económica. La naturaleza laboral o mercantil de la relación sociedad-administrador contribuye a la diferente clasificación de los ingresos dentro de la categoría de rendimientos del trabajo y también en los servicios prestados al margen de las funciones de administrador como de actividad económica.

actividad económica. Pero, precisamente ahí está la cuestión, dada la inferencia del Derecho Laboral en la esfera tributaria que nos trae la teoría del vínculo para calificar tales remuneraciones en función de la naturaleza (laboral o mercantil) de la relación sociedad-administrador. Y, en particular, las derivadas por el ejercicio de las funciones de administrador, clasificadas como rendimientos del trabajo, nos aporta unas consecuencias sobre la aplicabilidad o no de las exenciones de tributación (por trabajo en el extranjero, rentas en especie, las asignaciones por dietas o indemnizaciones por despido y jubilación), los gastos deducibles legalmente establecidos y el tipo de retención a aplicar, todo ello en la declaración del IRPF del propio administrador societario. Aunque también se verán afectadas las remuneraciones por prestación de servicios del administrador catalogadas de rendimientos de actividades económicas y que no tengan la consideración como del trabajo⁷²³. Son otros aspectos del IRPF que no en vano inciden directamente en el cálculo definitivo del impuesto y, por ende, en su importe a gravar por los rendimientos recibidos. A continuación, hemos querido destacar para la exposición de nuestro trabajo de investigación algunas de esas consecuencias como son: el régimen de exenciones de dietas, las prestaciones por jubilación de los administradores abonadas por las sociedades dónde han prestado sus servicios y las retenciones a practicar a los rendimientos o remuneraciones satisfechas.

8.3.1.- Las asignaciones para dietas y gastos de viaje.

Ya hemos avanzado en el apartado 8.2.2. anterior que proponemos la aplicación del régimen de dietas exceptuados de tributación previsto en el art. 9 del RIRPF a los rendimientos percibidos por el administrador, calificados como rendimientos del trabajo, como consecuencia de una relación laboral (común o de alta dirección) sociedad-administrador por las funciones ejecutivas, esto es, en condiciones de ajenidad

⁷²³ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 160, expone las consecuencias jurídicas de la no consideración como rendimientos del trabajo la calificación como rendimientos de actividades económicas de las rentas obtenidas por el contribuyente (socio-administrador), de tal modo que critica con acierto que para la DGT los conceptos de dietas, kilometraje, tickets de restaurante, cursos de formación, etc., son “exclusivamente de aplicación a supuestos en los que existe una relación laboral, criterio que no compartimos y que obedece al empeño de pretender acercar el concepto de rendimiento del trabajo al de trabajo por cuenta ajena propio del Derecho del Trabajo, acercamiento al que favorece la propia terminología que la ley utiliza al hablar de trabajo, empleo o empleador”. Nos mostramos totalmente de acuerdo con la crítica que realiza el autor.

y dependencia. Por su parte, no se adaptará tal régimen de exención a los gastos de desplazamientos y dietas satisfechos a los administradores por la prestación de servicios clasificados como de actividad económica y, por tanto, sin la presencia de las notas laborales. Defendemos una vez más la matización de la teoría del vínculo, al menos en lo que se refiere a las funciones ejecutivas del administrador y a los servicios retribuidos al margen de la condición de administrador si cumplen con los requisitos laborales, para la utilización del régimen de exenciones de dietas en estos casos.

En este sentido, el art. 17.1.d) de la LIRPF considera, en particular, rendimientos íntegros del trabajo “las dietas y asignaciones para gastos de viaje, excepto los de locomoción y los normales de manutención y estancia en establecimientos de hostelería con los límites que reglamentariamente se establezcan”⁷²⁴. Y a los efectos el art. 9 del RIRPF apunta que se exoneran de gravamen “las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos de locomoción del empleado o trabajador que se desplace fuera de la fábrica, taller, oficina, o centro de trabajo, para realizar su trabajo en lugar distinto”. También, se exceptúan de tributación “las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia”⁷²⁵.

Pues bien, el régimen de dietas y asignaciones para gastos de viaje es habitualmente utilizado por las sociedades para remunerar los gastos de desplazamiento por motivos laborales, es decir, sobre la práctica tienen un carácter indemnizatorio cuya finalidad es compensar los gastos que se producen por el desplazamiento en la relación laboral⁷²⁶. De esta manera, apoyamos que tal régimen de exención sea aplicable en los casos de relación de dependencia y ajenidad entre la sociedad (que paga) y el administrador (que

⁷²⁴ Recordemos que el art. 17.1 de la LIRPF define los rendimientos íntegros del trabajo como “todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas”.

⁷²⁵ El art. 9 del RIRPF desarrolla las reglas generales y especiales para la aplicación del régimen de exenciones en las dietas y asignaciones para gastos de locomoción y gastos normales de manutención y estancia.

⁷²⁶ Tengamos presente que en el apartado 6.5.4 sobre otros sistemas de remuneración tratamos la retribución por dietas, que nada tiene que ver con el concepto de dieta en el sentido laboral. Pues, el concepto de dieta por asistencia a las reuniones tiene carácter retributivo para los administradores a diferencia del que analizamos aquí que tiene la naturaleza de compensación por los gastos soportados en el ejercicio de las funciones laborales.

percibe) por el rendimiento abonado por las funciones ejecutivas o de gestión diaria. Por contra, no sería adaptable cuando la relación no tiene las características laborales de dependencia y ajenidad (funciones no ejecutivas o actividades económicas).

La DGT mantiene el criterio que el régimen de dietas excepcional únicamente se infiere a los contribuyentes que reciban rendimientos del trabajo producto de una relación de naturaleza laboral. Así, en la CV núm. V1274-07 de 16 de junio de 2007⁷²⁷ señala que el ámbito de uso del régimen de dietas y asignaciones para gastos de locomoción y gastos normales de manutención y estancia, “excepcionalmente, y al amparo de la habilitación contenida en el citado art. 17.1.d), el art. 9 del RIRPF, exceptúa de gravamen a estas asignaciones cuando las percibe el trabajador por cuenta ajena que, en virtud del poder de organización que asiste al empresario, debe desplazarse fuera de su centro de trabajo para desarrollar este, bajo la concurrencia de determinados requisitos reglamentarios”. En su opinión, que no compartimos, el régimen de dietas se practica “a los contribuyentes que perciben rendimientos del trabajo como consecuencia de una relación laboral o estatutaria en la que se dan las notas de dependencia y alteridad, a los que se refiere con carácter general el art. 17.1 de la LIRPF. Por el contrario, si se analizan los conceptos incluidos en el apartado 2 del art. 17, se observa que el legislador ha calificado de rendimientos del trabajo a una serie de supuestos en los que esa relación de dependencia entre el pagador del rendimiento y el perceptor del mismo, de la que trae su causa el régimen de dieta exonerado de gravamen, no se produce, por el que el régimen del art. 9 del RIRPF no resulta de aplicación, salvo para aquellos casos expresamente previstos en la norma”. Y es por eso que “a las cantidades percibidas para compensar los gastos de desplazamiento y estancia en que pueda incurrir en su condición de administrador no le son de aplicación las normas del art. 9 del RIRPF, pues el régimen de dietas encuentra su fundamento en el hecho de que no estamos ante una retribución propiamente dicha, sino ante cantidades que pretenden compensar gastos ordenados por el empleador por el desplazamiento fuera del centro de trabajo o del municipio dónde éste radica”⁷²⁸.

⁷²⁷ Véase la DGT en la CV núm. V1274-07 de 16 de junio de 2007 que niega la aplicación del régimen de exención de dietas y gastos de viaje a un administrador y socio de una SL, dado de alta en el RETA, que percibe una nómina por ello.

⁷²⁸ El régimen de dietas que analizamos resulta de aplicación en los casos de las relaciones laborales especiales (art. 17.2.j) de la LIRPF), dónde se incluye el personal de alta dirección, dada la relación de dependencia laboral entre el pagador del rendimiento y el perceptor del mismo.

De forma similar, la DGT en la CV núm. V2897-13 de 1 de octubre de 2013, comparte el mismo razonamiento al respecto. Aunque añade que “aquellos contribuyentes que no tienen esa relación laboral o estatutaria, pero cuyas retribuciones constituyen rendimientos del trabajo, también puede incurrir en gastos que sean consecuencia de la actividad desarrollada, pero no bajo las circunstancias previstas en el art. 9 del RIRPF”⁷²⁹. En este aspecto, la resolución tributaria introduce un elemento nuevo a considerar para el caso de los administradores societarios, como es el de gasto por cuenta de un tercero (la sociedad pagadora) y las cantidades percibidas así justificadas no serían rendimiento del trabajo sujeto al IRPF. En consecuencia, deduce la consulta que “si la entidad pone a disposición de los miembros de los órganos de gobierno los medios (por ejemplo, transporte y alojamiento) para que éstos desarrollen sus funciones, no existirá renta para los mismos, pues no existe ningún beneficio particular para estos miembros”; en cambio, “si la entidad reembolsa a los miembros de los órganos de gobierno los gastos en los que han incurrido para el adecuado ejercicio de su función y éstos no acreditan que estrictamente viene a compensar dichos gastos, o les abona una cantidad para que éstos decidan libremente cómo emplearlos, estamos en presencia de una renta dineraria sujeta a retención”.

En definitiva, para la DGT el régimen de dietas exonerado de gravamen se limita a los rendimientos del trabajo derivados de una relación laboral en condiciones de dependencia y ajenidad y a las remuneraciones originadas de relaciones laborales de carácter especial, incluidas en los arts. 17.1 y 17.2.j) de la LIRPF, respectivamente. Mientras que las remuneraciones de los administradores quedan fuera del ámbito de aplicación del mencionado régimen de dispensa.

Para DURÁN-SINDREU BUXADÉ el régimen especial de dietas es un rendimiento del trabajo que “la LIRPF no lo vincula a la existencia de una relación laboral”⁷³⁰. Es verdad que el concepto de rendimientos íntegros del trabajo (art. 17.1 de la LIRPF) nada dice de las notas características laborales y sólo excluye a los que tengan el carácter de

⁷²⁹ Consúltese la DGT en la CV núm. V2897-13 de 1 de octubre de 2013, dónde aborda la cuestión sobre si las cantidades abonadas por la sociedad al administrador por reembolso de los gastos de desplazamiento y manutención que ha tenido en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, están exoneradas de gravamen o son gasto por cuenta de un tercero. En la misma línea de argumentación encontramos la CV núm. V2467-15 de 5 de agosto de 2015.

⁷³⁰ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 57, apela a la interpretación del régimen de dietas dentro del contexto de la definición que la ley efectúa de rendimientos del trabajo en toda su extensión.

rendimientos de actividades económicas. Y añade que “la asignación por dietas es un complemento retributivo cuya finalidad es compensar el coste de un desplazamiento por motivos de trabajo”, opinión que compartimos. Resulta muy ilustrativo el ejemplo que nos propone el autor, y que hacemos nuestro, sobre el caso de un Director general de una sociedad que no es administrador y podrá disfrutar del régimen previsto para las dietas; en cambio, si ese mismo Director es a su vez administrador no le sería de aplicación. Compartimos que tal situación no es un modelo del principio de igualdad (arts. 9.1 y 14 de la CE) y, por tanto, concluye que “lo determinante es pues averiguar qué se está retribuyendo. Y si estamos ante un desplazamiento por motivos de trabajo, es de aplicación el régimen fiscal de dietas con independencia de cuál sea la naturaleza de la relación”⁷³¹.

Por su parte, MARÍN BENÍTEZ critica, y con razón, la interpretación de las normas tributarias que hacen referencia a los términos “trabajador”, “trabajo”, “empleado”, “empleo” o “relación laboral” condicionada por la doctrina del vínculo. La autora afirma de manera rotunda que “tan trabajadores son los altos directivos de una empresa, como sus consejeros ejecutivos”⁷³², sin necesidad alguna de acudir a tal doctrina. Y en ese sentido, también apunta que “la exigencia (de una relación laboral) a la que alude (la DGT) no se deduce ni mucho menos del texto de la norma legal” para la utilización del régimen de exenciones. Lo mismo podemos concluir al respecto de las exenciones dispuesta sobre los rendimientos del trabajo en especie o de ingresos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero⁷³³.

⁷³¹ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 58, no acepta que la naturaleza de la relación jurídica incida sobre un tratamiento fiscal distinto.

⁷³² MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:....*”, ob. cit. p. 33, se plantea la influencia de la doctrina del vínculo en la interpretación de conceptos laborales utilizados por ciertas normas tributarias. Con buen criterio analiza si los conceptos utilizados por las normas tributarias pudieran dárseles otro significado diferente al de la rama del ordenamiento jurídico de procedencia.

⁷³³ Entre otras resoluciones, la DGT interpreta que no debe aplicarse el régimen de exenciones de dietas, de rentas en especie o de ingresos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, cuando los rendimientos del trabajo vengan derivados de la condición de administrador (relación mercantil). De este modo, la consulta núm. 0189-05 de 16 de mayo de 2005 entiende que la exención de retribuciones en especie (en el caso planteado, entrega de acciones) establecida en la LIRPF está destinada a “trabajadores en activo” o empleados, motivo por el cual “no resultaría de aplicación la exención a los beneficiarios de las acciones que mantuvieran una relación mercantil, no laboral, con la empresa concedente”. De manera idéntica, la CV núm. V0916-08 de 8 de mayo de 2008 estima que “las primas satisfechas por la entidad a este contrato de seguro de responsabilidad civil derivan de la realización de funciones propias del cargo de administrador, las cuales no se encuentran enmarcadas en el ámbito de las relaciones laborales que afectan en general a los trabajadores”, en consecuencia, la renta en especie no estará exenta. Sin embargo, esta consulta admite la posibilidad que las primas satisfechas por la sociedad al contrato de seguro de responsabilidad civil no tengan la consideración de rendimientos en especie siempre que los

Llegados a este punto, podemos concluir que la distinción de funciones que integran el contenido del cargo de administrador (en su condición de tal y ejecutivas) que venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo de investigación hace posible una relación laboral por las funciones ejecutivas, en condiciones de dependencia y ajenidad. Por ello, entendemos que a los gastos por desplazamientos cobrados por el administrador ejecutivo motivados por trabajo de gestión diaria serían de imputación el régimen de dietas exceptuado de gravamen. Además, queda comprobado que la normativa legal del IRPF no requiere de una relación laboral para la aplicación del citado régimen. Como, también, deducimos que la incorporación de conceptos laborales en el ámbito tributario puede perseguir una interpretación diferente al del orden laboral y no se debe excluir, por influencia de esos conceptos, el fin perseguido por la norma fiscal.

Por último, proponemos las siguientes dos situaciones en relación con el disfrute del régimen de dietas exonerado de tributación para los administradores por el desempeño de sus funciones:

- Asignaciones recibidas para gastos de desplazamiento y dietas en el ejercicio del cargo en su condición de tal (funciones no ejecutivas). En este supuesto, se refiere a un gasto por cuenta de un tercero o de empresa que será un gasto deducible en el IS para el pagador y no es ingreso en el IRPF, siempre que lo justifique y acredite el propio administrador, caso contrario, es rendimiento del trabajo tributable; pero, en ningún caso, es de aplicación el régimen de dietas exento para el perceptor.
- Asignaciones recibidas para gastos de desplazamiento y dietas en el desarrollo de funciones ejecutivas o de alta dirección. En esta situación, es

administradores desempeñen funciones “dentro del marco de una relación laboral, ya sea ésta común o especial”.

También, la DGT en la CV núm. V1944-05 de 30 de septiembre de 2005 no permite la exención prevista para los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero por los administradores, dado que no conforman una relación laboral por cuenta ajena. Igualmente, la CV núm. V0634-16 de 16 de febrero de 2016, si bien matiza la existencia de una relación laboral con el control efectivo de la sociedad que tiene el administrador, y así impide la exención prevista por trabajos realizados en el extranjero. En relación con esto, CHICO DE LA CÁMARA, P. Y RUIZ GARIJO, M.: “Análisis crítico de la exención del art. 7.p) LIRPF 35/2006, de 28 de noviembre, por rendimientos obtenidos como consecuencia de trabajos efectivamente realizados en el extranjero”, en revista Crónica Tributaria, núm. 126, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pp. 91 a 117, reprueban en cierto modo los razonamientos de la DGT.

un rendimiento del trabajo en el IRPF que podrá practicar el régimen de dietas exonerado y para la sociedad es un gasto deducible en el IS.

8.3.2.- Las prestaciones societarias por jubilación.

Resulta bastante corriente en las sociedades, en general, establecer acuerdos conforme a que los administradores que se jubilan y hayan prestado sus servicios como tales durante un determinado número de años se les retribuya un complemento privado en concepto de jubilación, además de ser un reconocimiento a la labor desempeñada. Y, en particular, lo mismo ocurre en el ámbito de las sociedades de capital. De esta manera, los estatutos sociales recogerán el derecho a la remuneración por ese concepto de pensión y en gratitud a su trabajo y dedicación, eso sí, en cumplimiento con lo establecido para las remuneraciones de los administradores en la LSC de 2014⁷³⁴. En apariencia esta prestación reconocida a favor del administrador no presenta ningún problema legal, pero la teoría del vínculo pasa una vez más factura fiscal como comprobaremos.

Desde ese momento⁷³⁵, la DGT cuestiona la deducibilidad fiscal de esas prestaciones por jubilación cuando el cargo de administrador es gratuito o no tiene reserva estatutaria⁷³⁶. Así, por ejemplo, la CV núm. V1003-13 de 27 de marzo de 2013

⁷³⁴ Como se recordará en el apartado 6.5 analizamos el art. 217 de la LSC de 2014 que obliga a que los estatutos contengan el sistema de remuneración en su condición de tales y que la remuneración respete una cuantía máxima y una proporcionalidad con la situación económica y patrimonial de la sociedad dentro de los estándares de mercado, todo ello relacionado con el principio de buen gobierno y transparencia que incorpora la mencionada norma. Para el supuesto de que el órgano de administración se conforme mediante un consejo de administración, además se estará a lo establecido en los arts. 249 y 249 bis de la LSC de 2014 en materia de remuneraciones por funciones delegadas.

De manera similar, todo lo abordado en este apartado será aplicable para el caso de indemnizaciones por cese del cargo pactadas con el administrador, aunque en este caso habría que distinguir las derivadas de una relación mercantil (no ejecutivas) de las de una relación laboral (ejecutivas). Éstas últimas, en nuestra opinión, deberían quedar fuera de reserva estatutaria o, al menos, en lo que a los administradores ejecutivos de un consejo de administración se refiere. Véase al respecto la DGT en la CV núm. V3388-16 de 18 de julio de 2016.

⁷³⁵ Como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones a lo largo del presente trabajo, la doctrina del vínculo aparece en escena en el ámbito tributario a raíz de las dos SSTS, que dictan la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º).

⁷³⁶ La DGT considera una liberalidad esa retribución complementaria reconocida si los estatutos sociales determinan la gratuidad del cargo, entre otras, la CV núm. V2664-10 de 13 de diciembre de 2010, aunque en esta resolución el complemento de pensión entiende que es por la cualidad de socio y, en consecuencia, representa una retribución de los fondos propios fiscalmente no deducible; la CV núm.

afirma que, en el supuesto de que los estatutos sociales determinen la gratuidad del cargo de administrador, “teniendo en cuenta que el complemento o mejora de las pensiones que pretende acordar la sociedad no es sino una retribución complementaria reconocida en favor de quienes hubiesen ocupado el cargo de administrador o consejero delegado de la sociedad durante, al menos 25 años, una vez hubieran alcanzado la edad de jubilación o se encontraran en situación de invalidez, tal complemento o mejora reconocido en favor de los citados administradores, responde, en realidad, a una liberalidad, en los términos establecidos en el art. 14.1.e) de la LIS de 2004, por lo que, en consecuencia, tal complemento o mejora, (...) no será fiscalmente deducible a efectos de determinar la base imponible del IS”. Por el contrario, si el cargo es remunerado de acuerdo con los estatutos de la sociedad, confirma que “tal complemento o mejora reconocido no es sino una retribución adicional al cargo de administrador por lo que tendrá la consideración de fiscalmente deducible siempre y cuando no se supere la retribución máxima del cargo de administrador estatutariamente pactado, y, en todo caso, siempre que el mencionado complemento o mejora se hubiese acordado con arreglo a la normativa mercantil vigente”. Finalmente, señala que la calificación de esas remuneraciones complementarias “como rendimientos de trabajo a efectos del IRPF es independiente de que dichas retribuciones sean o no deducibles en el IS, en caso de que no estuvieran previstas en los estatutos de la sociedad”.

No nos parece muy acertada la valoración utilizada por la DGT basada en la constancia estatutaria de la remuneración del cargo de administrador para aceptar la deducibilidad del complemento de pensión. Más aún cuando lo determinante, según nuestro parecer, debe ser que ese complemento esté reconocido en los estatutos sociales como sistema de remuneración⁷³⁷.

Por su parte, la DGRN en su resolución de 5 de abril de 2013⁷³⁸ manifiesta que “no existen dudas acerca de la licitud de un pacto estatutario en cuya virtud la sociedad

V1323-12 de 18 de junio de 2012; la CV núm. V1003-13 de 27 de marzo de 2013; la CV núm. V2908-13 de 1 de octubre de 2013; y la CV núm. V2223-16 de 23 de mayo de 2016.

⁷³⁷ En el apartado 7.2.2. sobre los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto, hemos debatido la liberalidad o legalidad de las remuneraciones que defiende la teoría del vínculo del TS (véase el esquema 8) y en la sección 7.3.1. relativa a los gastos no deducibles del art. 15, sostenemos la deducibilidad de las remuneraciones por las funciones ejercidas (consúltese el esquema 9).

⁷³⁸ Resolución de 5 de abril de 2013 (BOE de 14 de mayo de 2013) de la DGRN sobre recurso interpuesto contra la nota de calificación del RM, por la que se modifican los estatutos sociales para determinar una pensión vitalicia. Así, el RM considera que la pensión establecida a favor del administrador es

asumiese la obligación de pagar cierta remuneración periódica a los antiguos administradores y que esas cantidades o rentas se devenguen en su favor y con posterioridad a su salida de la sociedad”. Esta Dirección General, con una sensatez exquisita, aclara y argumenta que “en las sociedades familiares es relativamente usual que el antiguo administrador continúe vinculado a la sociedad, con función meramente honorífica pero susceptible de ser remunerada estatutariamente, en cuyo caso deberá ser establecido el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo en estatutos”⁷³⁹. En definitiva, confirma que “lo que se quiere expresar con la redacción dada al artículo es que el administrador no percibirá retribución alguna por el ejercicio del cargo mientras dura su ejercicio pero que si tendrá derecho a una retribución compensatoria cuando se dejare el cargo por causa de jubilación”. Y concluye con gran acierto que “la previsión de esa indemnización en estatutos confiere suficiente cobertura estatutaria a ese sistema de remuneración y, respetado el principio de reserva estatutaria, los interesados quedan a resguardo de eventuales impugnaciones por nulidad de la cláusula de blindaje societario en aplicación de la llamada doctrina del vínculo como sucede cuando se pacta fuera de estatutos, en contrato laboral (típicamente el de alta dirección) o en otro contrato, civil o mercantil (como el arrendamiento de servicios), una retribución por el simple ejercicio de funciones directivas y de representación”.

En consecuencia, las remuneraciones compensatorias de jubilación determinadas en los estatutos sociales no alcanzan discusión alguna en el orden mercantil y abogamos que tampoco en el ámbito fiscal, siendo gasto deducible para la sociedad e ingreso para el administrador jubilado en el IRPF.

8.3.3.- Las retenciones.

Previamente resulta necesario aclarar que las sociedades que remuneren a los administradores se encuentran obligadas a retener una cantidad determinada sobre los

incompatible con la gratuidad del cargo. La Dirección General acuerda estimar el recurso al respetar el principio de reserva estatutaria y revocar la nota de calificación del RM.

⁷³⁹ El art. 124.2.d) del RRM, en redacción dada por el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, en su último párrafo dictamina de manera elocuente que “también podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo”.

importes abonados, en concepto de pago a cuenta del IRPF del perceptor (administrador)⁷⁴⁰. La sociedad retenedora ingresará el importe de la retención en la AEAT, en la forma establecida legalmente⁷⁴¹. De este modo, el tipo de retención a aplicar sobre las remuneraciones de los administradores, calificadas como rendimientos del trabajo por el art. 17.2.e) de la LIRPF, es otra de las consecuencias de la teoría del vínculo. El porcentaje de retención es un tipo fijo por la condición de administrador (art. 101.2 de la LIRPF), con independencia de la cuantía de la remuneración, de las funciones del cargo y de las circunstancias del perceptor⁷⁴². Mientras que las remuneraciones recibidas como rendimientos del trabajo derivados de una relación laboral (común o de alta dirección) tendrán un tipo de retención variable⁷⁴³.

La DGT, en la consulta núm. 2494-99 de 30 de diciembre de 1999, ha interpretado que el tipo fijo de retención viene como consecuencia de ser miembro de un órgano de administración que tiene atribuidas las funciones de dirección y gestión de la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza. Y, en ese sentido, en la CV núm. 0507-00 de 9 de marzo de 2000, matiza que el porcentaje fijo de retención no es aplicable a otras retribuciones que se pudieran percibir por cualquier otra circunstancia distinta o al margen de la propia condición de administrador, como es el caso de la que derive del trabajo personal o de la relación laboral ordinaria o especial⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ En relación con las retenciones, el art. 99.1.2 de la LIRPF dictamina la obligación de practicar pagos a cuenta para las personas jurídicas (sociedad) y el art. 99.5 de la LIRPF menciona el importe que el perceptor (administrador) debe deducirse por ese motivo en su declaración de IRPF.

⁷⁴¹ Véase el art. 105 de la LIRPF relativo a las obligaciones formales del retenedor, del obligado a practicar ingresos a cuenta y otras obligaciones formales y el art. 108 del RIRPF de las obligaciones formales del retenedor y del obligado a ingresar a cuenta.

⁷⁴² El art. 101.2 de la LIRPF establece el porcentaje de retención sobre los rendimientos del trabajo que se perciban por la condición de administrador, que será un tipo fijo (a partir del 1 de enero de 2016 es el 35 %). Además, existe un tipo de retención inferior para administradores societarios “cuando los rendimientos procedan de entidades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 100.000 euros” (a partir del 1 de enero de 2016 es del 19 %).

⁷⁴³ El importe de las retenciones sobre rendimientos del trabajo derivados de relaciones laborales se determinarán conforme al art. 101.1 de la LIRPF y los arts. 83 a 86 del RIRPF, considerando la cuantía del rendimiento, reducciones, circunstancias personales y familiares y la aplicación de una escala de tipos progresiva.

⁷⁴⁴ En idénticos términos se pronuncia la DGT en CV núm. 0524-00 de 9 de marzo de 2000, con socio administrador, con cargo gratuito, y que al mismo tiempo presta sus servicios en la sociedad; y en las consultas núm. 0598-00 de 13 de marzo de 2000 y núm. 0838-01 de 27 de abril de 2001, relativas a la remuneración percibida por un consejero delegado, en la condición de miembro del Consejo de Administración, que debe sujetarse al tipo fijo de retención. Igualmente, la SAN de 17 de junio de 2004 (FJ 4º) subraya que “(las) gratificaciones a ciertos miembros del Consejo de Administración (...) no pueden calificarse sino como retribuciones a administradores puesto que al no tener un fundamento en ninguna relación laboral previa, no pueden más que considerarse como retribuciones o percepciones que éstos reciben por su mera condición de directivos de la empresa aun cuando éstos no sean de carácter

Ahora bien, conviene recordar que hasta la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º), Sala de lo Social, base de la doctrina del vínculo y la entrada en vigor del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección, se aceptaba pacíficamente la compatibilidad del cargo de administrador con la relación laboral de alta dirección y el doble tipo de retención, por una u otra función, no se ponía en duda⁷⁴⁵. Por lo tanto, a las funciones ejecutivas les correspondía aplicar la escala general de tipos de retención y a las funciones del cargo como tal el tipo fijo de retención. Posteriormente, la implantación de la teoría del vínculo y, además, la influencia del Derecho laboral mediante el art. 1.3.c del ET de 1995 que excluye del ámbito laboral la relación sociedad-administrador, originaron la admisión del tipo fijo de retención para los rendimientos percibidos por el administrador sin distinción de funciones. Y, finalmente, se produce la irrupción o entrada de la doctrina del vínculo en el ámbito tributario con las dos SSTS de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), aplicando el tipo fijo de retención por la condición de administrador sin controversia alguna.

Criticamos que la interpretación correcta de la norma fiscal sobre la obligación de retener a las remuneraciones de los administradores sea la que nos trae la doctrina del vínculo, pues históricamente (y su posterior evolución), incluso antes de la citada doctrina y su asentamiento en el entorno fiscal, ya se distinguían dos tipos de retención a aplicar. Esto es, por un lado estarían las retenciones (fijas) sobre las remuneraciones por el ejercicio del cargo de administrador como tal y por el otro las (variables) que correspondían a las funciones ejecutivas⁷⁴⁶.

obligatorio y en consecuencia dichas cantidades deben equipararse en cuanto a los tipos de retención a los mismos tipos que se establecen para las retribuciones a los administradores”.

⁷⁴⁵ Consúltese el apartado 5.5.2. dónde se ha tratado la compatibilidad del cargo de administrador (relación mercantil) con la relación laboral común o de alta dirección.

⁷⁴⁶ En efecto, el Decreto 512/1967, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal, diferenciaba por aquel entonces entre las remuneraciones de empleados y las remuneraciones especiales (art. 24). En tanto que las primeras comprendían las percibidas de “los Directores, Gerentes, Administradores, Comisionados, Delegados, representantes y empleados de toda clase de Sociedades, Asociaciones, Corporaciones no administrativas, empresas y particulares” (art. 25.e)); las segundas hacían referencia a las “de los Presidentes y Vocales de los Consejos de Administración y Juntas que hagan sus veces, en toda clase de Empresas” (art. 77.a)). Resulta destacable que estas remuneraciones especiales se sujetaban a un tipo de gravamen superior a las de empleados del primer grupo.

Más tarde, la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, estableció “un impuesto excepcional y transitorio sobre las rentas del trabajo personal de los Presidentes y Vocales de los Consejos de Administración y Juntas que hagan sus veces, y sobre las demás rentas, en cuanto excedan de setecientos cincuenta mil pesetas” (art. 13); este impuesto se aplicaba con arreglo a un tipo de gravamen incrementado, dado que se consideraban altos niveles de renta.

Además, como se ha comprobado a lo largo de los capítulos anteriores del presente trabajo de investigación, la realidad empresarial recoge una distinción entre las funciones no ejecutivas y ejecutivas que le corresponden al administrador societario y, hemos añadimos, sin importar el modo concreto de organizar la administración de la sociedad. Tal circunstancia ya ha sido incorporada por el ordenamiento jurídico según se ha constatado⁷⁴⁷. En este contexto, podemos deducir que las remuneraciones de los administradores por las funciones ejecutivas (y calificadas como rendimientos del trabajo derivadas de una relación laboral de alta dirección) les correspondería el tipo de retención variable. Mientras que las remuneraciones por las funciones no ejecutivas (relación mercantil y sujeta al principio de reserva estatutaria) lo razonable es la aplicación del tipo de retención fijo.

Asimismo, conviene apuntar que hasta la entrada en vigor de la LIRPF de 2004⁷⁴⁸ a las remuneraciones de los administradores se les asignaba la escala general de tipos de retención, como para los rendimientos del trabajo en general, y a las retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración (consejeros) la previsión de un tipo fijo de retención desde 1980⁷⁴⁹. En conclusión, coincidimos con DURÁN-SINDREU BUXADÉ que “existe fundamento legal suficiente para interpretar que ese tipo fijo no se aplica a las

Por su parte, la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF no distingue entre las remuneraciones como las normas anteriores al conceptuar los rendimientos del trabajo (art. 14); no obstante, el art. 148.f) del RD 2615/1979, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el RIRPF (según redacción del RD 1290/1980, de 20 de junio, por el que se regulan las retenciones a cuenta del IRPF), considera por vez primera que “a las retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración o de Juntas que hagan sus veces, cualquiera que sea su cuantía, se les aplicará el tipo fijo de retención del veinte por ciento”. El RD 9/1988, de 15 de enero, por el que se modifica el RIRPF, eleva el tipo fijo de retención al 25 %.

La Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF menciona por primera vez como incluidas entre los rendimientos del trabajo a “las retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces” (art. 25.p)), sin alusión alguna a los administradores en sentido general. Por fin, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF incorpora como 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” (art. 16.2.e)).

Finalmente, el RDLeg 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la LIRPF incrementa el tipo fijo de retención al 35 % y, como novedad, ya se aplica sobre los rendimientos del trabajo que se perciban por la condición de administradores (art. 103.2).

⁷⁴⁷ A tal efecto, recuérdense el apartado 5.5. sobre la calificación jurídica relación administrador-sociedad; el 6.2. de la remuneración y el 6.5. acerca del sistema de remuneración; el 7.2. que trata de la remuneración como gasto deducible en el IS y el 7.3. referente a la LIS de 2015 y la doctrina del vínculo; y el 8.2. relativo a la remuneración como rendimiento del trabajo y de actividad económica.

⁷⁴⁸ La LIRPF de 2004 está contenida en el RDLeg 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la LIRPF, disposición ya derogada por la vigente LIRPF.

⁷⁴⁹ El art. 148.f) del RD 2615/1979, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el RIRPF, en redacción del RD 1290/1980, de 20 de junio, por el que se regulan las retenciones a cuenta del IRPF, trae como novedad el tipo fijo de retención a las retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración.

retribuciones periódicas por funciones ejecutivas cuya naturaleza es la misma que la de cualquier otro rendimiento de trabajo”⁷⁵⁰.

Para MARÍN BENÍTEZ la comprensión de la norma tributaria sobre la retención por la condición de administrador debería atender al principio de justicia tributaria, es decir, “si la labor que realizan los consejeros ejecutivos es la misma que puede desempeñar un alto directivo que no forme parte del consejo, no se entiende muy bien, desde un punto de vista de justicia tributaria, por qué el cálculo de la retención aplicable a las retribuciones que unos y otros perciben ha de ser diferente”⁷⁵¹, reflexión que compartimos totalmente.

Finalmente, a nuestro entender, la equivalencia de funciones que señala la doctrina del vínculo ha sido superada y el ordenamiento fiscal sobre las retenciones cabe entenderlo en ese sentido y, es más, apostamos por ello. No caben interpretaciones acudiendo al derecho Laboral y Mercantil para cumplir con las obligaciones tributarias si desde el propio ordenamiento fiscal nada se dice al respecto, de otra manera, lo que se traslada es una total inseguridad jurídica.

⁷⁵⁰ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 60. El autor recuerda que las remuneraciones que los administradores perciben se califican como rendimientos del trabajo con la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, siendo su única variación evolutiva el tipo de retención a sujetar.

⁷⁵¹ MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. p. 29, no obstante, la autora plantea que estas consideraciones son de *lege ferenda*, no de *lege lata*. Y así admite que “la retribución de los consejeros ejecutivos remunera su condición de miembro del consejo de administración - pues no existe otra relación que pueda ser objeto de remuneración -, con lo que debe resultarles de aplicación el tipo fijo”, criterio con el que no estamos de acuerdo y, aun menos, para el supuesto de consejo de administración, pues la LSC de 2014 ya contempla expresamente la delegación de facultades de los miembros para sus funciones ejecutivas (art. 249 sobre delegación de facultades).

Por su parte, la DGT en la consulta núm. 0786-04 de 26 de marzo de 2004 matiza, al respecto, para un caso de administrador único de una SL, que “las retribuciones que se perciban por la condición de administrador están sujetas al tipo de retención del 35 %”, y en cambio, “las retribuciones que se perciban por las funciones de tipo laboral, gerencial, etc..., estarán sujetas al tipo de retención que resulte de aplicar el procedimiento general de cálculo previsto en el Reglamento del Impuesto”.

9.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL DEL IP.

La remuneración de los administradores también tiene sus efectos sobre otros tributos del entorno fiscal además de los ya examinados del IS y del IRPF, como constataremos. Un hecho tan sencillo como percibir retribuciones por el administrador de la sociedad en el desempeño de sus funciones se convierte en un asunto para nada pacífico; y se complica aún más si el cargo es gratuito como hemos comprobado en capítulos anteriores⁷⁵².

La deducibilidad de las remuneraciones de los administradores en el IS para la sociedad pagadora (Capítulo 7) y la calificación de los rendimientos recibidos por el perceptor/administrador en el IRPF (Capítulo 8) son dos aspectos de los cuales derivan cuestiones a dilucidar en el ámbito de otros impuestos, objeto de nuestro trabajo de investigación, como es en el caso del IP, del ISD y del IVA. Podemos avanzar, a modo de ejemplo, preguntas como: las consecuencias que comportan las remuneraciones abonadas a los administradores en la aplicación de los incentivos fiscales del IP y del ISD con respecto a las participaciones en sociedades del contribuyente; la afectación en esos mismos impuestos si las funciones de dirección no están remuneradas; la sujeción al IVA por las prestaciones de servicios de los administradores al margen de su condición como tal; o la fijación del IVA en el desarrollo de las funciones ejecutivas del administrador. Además, en cada impuesto analizaremos la influencia de la teoría del vínculo.

En realidad, estas cuestiones no suscitaban polémica alguna hasta que la doctrina del vínculo aparece en el orden laboral y mercantil y se traslada al escenario fiscal, como ya se ha confirmado, consecuentemente, va más allá del IS y del IRPF y origina inferencias en los impuestos que ahora conoceremos, creándose una importante inseguridad jurídica al respecto⁷⁵³.

⁷⁵² Véase el apartado 7.2.2 acerca de los requisitos para la deducibilidad de la remuneración como gasto, en el IS y el 8.2.2 sobre los rendimientos del trabajo *versus* de actividad económica: Supuestos de hecho, en el IRPF.

⁷⁵³ Acuérdesse que la doctrina del vínculo se introduce en el contexto fiscal a raíz de las dos SSTS, que dictan la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), dónde tuvieron sus primeros efectos tributarios en el IS. Aunque la base de tal

En el presente Capítulo trataremos en primer lugar las normas básicas del IP, con carácter general. En segundo lugar, los requisitos para el aprovechamiento de la exención en el IP de las participaciones en sociedades para el contribuyente, de ahí el efecto que pueda tener para ello la remuneración de los administradores. Y, en tercer lugar, abordaremos la exención fiscal de las participaciones y la equivalencia de funciones del administrador que propone la teoría del vínculo.

9.1.- Consideraciones generales.

En el ámbito fiscal, la remuneración de los administradores no queda estructurada tan sólo al IS por la deducibilidad de las mismas para la sociedad pagadora, como tampoco para la declaración del IRPF del administrador por los ingresos percibidos de aquella, sino que se extiende a otros impuestos, como el IP⁷⁵⁴ y al que ahora nos dedicaremos.

El IP se delimita a las personas físicas que tengan la titularidad sobre el conjunto de bienes y derechos, con deducción de las cargas y gravámenes, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder⁷⁵⁵. Evidentemente, tanto los bienes y

doctrina se inicia con la STS de 29 de septiembre de 1988 (FJ 2º), Sala Cuarta (de lo Social), y que sirvió de apoyo a las resoluciones promulgadas por la Sala Primera (de lo Civil) del TS.

⁷⁵⁴ La ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, estableció como medida excepcional y transitoria un impuesto extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, embrión de la vigente LIP. Hasta entonces su finalidad era, básicamente, censal y de control del IRPF. La actual LIP, en vigor desde el 1 de enero de 1992, en su exposición de motivos, señala que junto con los objetivos anteriores “asume, además, otros objetivos fundamentales como la consecución de una mayor eficacia en la utilización de los patrimonios y la obtención de una mayor justicia redistributiva complementaria de la aportada por el IRPF”. Así, se consolida como un impuesto estrictamente individual y se reforman las normas de valoración general y específica de los distintos elementos patrimoniales del IP para dotar de mayor seguridad jurídica al contribuyente. Para un breve repaso por la evolución histórica del IP puede consultarse a GARCÍA MORENO, A.V.: “IP”, en MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. Y CAYÓN GALIARDO, A. (Directores): *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, 12ª ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 488 a 491. Asimismo analizan de una manera más global el IP, MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C. Y POVEDA BLANCO, F.: *Derecho Tributario*, ed. 20ª, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 431 a 442.

El rendimiento del IP se encuentra cedido a las CCAA y éstas pueden asumir competencias normativas sobre el mínimo exento, la tarifa, las deducciones y las bonificaciones (art. 2 y disp. adic. 4ª de la LIP y arts. 25 a 29, 31, 47 y 54 de la Ley 22/2009 del sistema de financiación de las CCAA).

⁷⁵⁵ De manera general, el IP es un tributo de carácter directo, naturaleza personal y devengo anual, que grava el patrimonio neto de las personas físicas a 31 de diciembre de cada año. A estos efectos, se entiende por patrimonio neto “el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y

derechos (por ejemplo, una vivienda o una patente sobre un producto) como las cargas y deudas (por ejemplo, un uso de disfrute sobre un inmueble, un préstamo hipotecario o un crédito tributario) han de tener un valoración económica. Así, conforme a las reglas de valoración contenidas en la LIP, se determinará el valor del patrimonio titularidad de la persona física sujeto a gravamen⁷⁵⁶. Por lo tanto, el IP grava el valor de los bienes y derechos de contenido económico de que sea titular la persona física en una fecha determinada.

Pero a los efectos de acotar los elementos patrimoniales sujetos al IP hemos de considerar qué bienes y derechos estarán exentos de este impuesto y no formarán parte de la base imponible del mismo. En este sentido, el art. 4 de la LIP dispone la relación de bienes y derechos sujetos a exención de gravamen, así como los requisitos a cumplir para alcanzar tal dispensa⁷⁵⁷. Para el objeto de nuestro trabajo, en concreto, nos vamos a

obligaciones personales de las que deba responder” (art. 1 de la LIP). El hecho imponible es precisamente la titularidad del patrimonio neto en el momento del devengo (art. 3 de la LIP).

Son sujetos pasivos del IP sólo las personas físicas, ya sea por obligación personal (residencia habitual en territorio español) ya sea por obligación real (no residentes sólo por sus bienes y derechos situados en territorio español), de acuerdo con lo establecido en el art. 5 de la LIP.

Para un mayor detalle sobre la naturaleza, el ámbito de aplicación y el hecho imponible del IP, GARCÍA MORENO, V. A.: “IP”, en MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. Y CAYÓN GALIARDO, A. (Directores): *Manual de Derecho Tributario...*, ob. cit., pp. 491 a 511.

⁷⁵⁶ Constituye la base imponible del IP el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo (art. 9 de la LIP). Las normas de valoración de los diferentes elementos patrimoniales se recogen en los arts. 10 a 24 de la LIP, mientras que para la valoración de las deudas se estará a lo dispuesto en los arts. 9 y 25 de la LIP. Finalmente, la base imponible se reducirá, en concepto de mínimo exento, en una cantidad fijada por la norma autonómica y, en su defecto, por la estatal (desde el 18 de septiembre de 2011 es 700.000 euros), para así obtener la base liquidable (art. 28 de la LIP).

Véase a DE PABLOS ESCOBAR, L.: “*Incidencia y tipos efectivos del IP e ISD*”, en Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía, núm. 4, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pp. 1 a 62, un interesante análisis sobre la eficacia y el cumplimiento de los objetivos de mejora de la distribución de la riqueza y su complementariedad con el IRPF. También, destacamos el art. de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “*La aplicación de diferentes reglas de valoración para los inmuebles en el IP y la quiebra del principio de igualdad*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 12, Ed. Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 9 a 15. Asimismo, GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, M.: “*El restablecimiento del IP*”, en Anuario jurídico y económico escorialense, núm. 45, Ed. Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, Madrid, 2012, pp. 409 a 426, realiza un trabajo muy didáctico y acertado referente al IP, repasando los argumentos a favor y en contra de este impuesto, desde la equidad y la eficiencia. Además, para un análisis más completo de la base imponible y liquidable del IP véase GARCÍA MORENO, V. A.: “IP”, en MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. Y CAYÓN GALIARDO, A. (Directores): *Manual de Derecho Tributario...*, ob. cit., pp. 511 a 529.

Por su parte, MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C. Y POVEDA BLANCO, F.: *Derecho Tributario...*, ob. cit., pp. 436, 437 y 438, recogen en su cuadro 11 la valoración de bienes y derechos a los efectos del IP.

⁷⁵⁷ A modo explicativo y genérico, y de acuerdo con el art. 4 de la LIP, gozarán de exención en el IP con los correspondientes requisitos para ello: los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español y de las CCAA; determinados objetos de arte y antigüedades; el ajuar doméstico; los derechos de contenido económico relativos a planes de pensiones, contratos de seguro colectivo y seguros privados; los derechos derivados de la propiedad industrial o intelectual; ciertos valores pertenecientes a no residentes; el patrimonio empresarial y profesional; las participaciones en entidades; y la vivienda habitual.

centrar en el caso de las participaciones en entidades societarias⁷⁵⁸, comprobar cuando disfrutaban de exención en el IP y su relación con las remuneraciones de los administradores societarios. Más tarde, constataremos el alcance de la doctrina del vínculo para el disfrute de la exención sobre las participaciones en sociedades.

9.2.- La exención de las participaciones en sociedades: requisitos.

En este apartado nos preguntamos sobre la sujeción o no al IP de las participaciones en sociedades (elemento patrimonial) que sean de titularidad de la persona física (sujeto pasivo). De tal forma que si concurren una serie de requisitos, que más abajo examinamos, podemos obtener el derecho a la exención de tales participaciones. Precisamente, uno de esos requisitos tiene su conexión con el objeto de nuestro trabajo de investigación: las funciones de dirección y su remuneración por ello. Para obtener el mencionado derecho a la exención en el IP, el sujeto pasivo (o personas de su entorno familiar) debe(n) desarrollar funciones de dirección en la sociedad participada y percibir una remuneración por el ejercicio de esas funciones directivas. Conviene recordar que dichas funciones de dirección pueden ser atribuidas a los administradores de las sociedades⁷⁵⁹, entre otros cargos (como Gerente o Director General).

Las condiciones y requisitos para que resulte de utilidad la exención de las participaciones en entidades se prevé en el art. 4.Ocho.Dos de la LIP y viene desarrollado mediante los arts. 4 a 9 del RD 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el IP⁷⁶⁰. Conviene aclarar que se entiende por participación, la

⁷⁵⁸ Como por ejemplo, las SL y SA, y recuérdese que es el ámbito de limitación de nuestro trabajo de investigación. No obstante, interpretamos el término de entidades de conformidad con el art. 35.4 de la LGT que, además de las personas jurídicas, “tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”.

⁷⁵⁹ Consúltese el esquema 2 sobre las funciones del administrador dentro del punto 5.5.1 relativo a la naturaleza de la relación administrador-sociedad.

⁷⁶⁰ El fundamento de este RD 1704/1999, de 5 de noviembre, tiene su causa, tal y como señala en su preámbulo, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, que “introdujo un apartado octavo en el art. 4 de la LIP, referido a bienes y derechos exentos, incluyendo entre los mismos tanto los necesarios para el

titularidad en el capital o patrimonio de una entidad, como por ejemplo, acciones en una SA y participaciones sociales en una SL (art. 4 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP).

Por tanto, gozarán de exención la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, siempre que concurren las condiciones siguientes, la primera a cumplir por la sociedad y las otras dos deberán exigirse respecto a la persona física sujeta al IP⁷⁶¹:

- Los requisitos de la entidad participada;
- El porcentaje de participación; y
- Las funciones de dirección y remuneración de las mismas.

Asimismo, los requisitos y condiciones para la práctica de la exención de las participaciones en sociedades han de ir referidos al momento en el que se produce el devengo del IP (art. 29 de la LIP).

En cierto modo, lo que se persigue es relacionar la titularidad de las participaciones con la actividad económica desarrollada por la sociedad. Así, una vez superadas las condiciones y requisitos señalados se procederá al cálculo del importe de la exención. Es decir, son aspectos diferentes el derecho a la exención de las participaciones y el importe o cuantía exento. Por eso es importante la valoración económica de las participaciones y de esta manera determinar el importe de la exención. Las

desarrollo de las actividades empresariales como las participaciones en entidades que cumplieran determinadas condiciones”. Por ello, el RD 2481/1994, de 23 de diciembre, desarrolló los requisitos y condiciones exigibles para el disfrute de ambas exenciones. Las variaciones legislativas posteriores determinaron el redactado del actual RD, *supra* mencionado, cuya entrada en vigor fue el 7 de noviembre de 1999.

⁷⁶¹ El art. 4.Ocho.Dos de la LIP dispone, cumplidos una serie de requisitos, la exención de las participaciones sociales o acciones en las entidades societarias, con o sin cotización en mercados organizados. Asimismo, el art. 5 del RD 1704/1999 despliega las condiciones de la exención en esos supuestos.

Por su parte, CHECA GONZÁLEZ, C.: *“La exención en el IP respecto a la participación en determinadas entidades”*, en Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 16, Ed. Universidad de Extremadura, 1998, pp. 51 a 74, examina los beneficios fiscales de las participaciones en entidades en el IP y su conexión con el ISD. También, REPISO LÓPEZ, F. Y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. A.: *“Exención en el IP de las actividades económicas y de las participaciones en las entidades”*, en revista Crónica Tributaria, núm. 99, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pp. 79 a 102. Asimismo, RUIZ HIDALGO, C.: *“La retribución de los administradores...”*, ob. cit., pp. 65 y 66, analiza las dos condiciones respecto del sujeto pasivo del IP y coincidimos con ella en que “se pretende vincular al titular de la participación con la actividad empresarial desarrollada por la citada entidad”.

participaciones se cuantificarán conforme a las reglas establecidas en el art. 16.uno de la LIP⁷⁶² y, una vez valoradas, la exención sólo comprenderá a la parte de ese valor que se corresponde con elementos afectos a una actividad económica⁷⁶³. Tal y como expone el TEAC en la resolución de 2 de julio de 2015, la aplicación de la exención (sobre las participaciones en entidades) se ejecuta en dos pasos:

Primero. – Determinar si se cumple con los requisitos del art. 4.Ocho.Dos de la LIP (arriba mencionados); y

Segundo. – Si se han satisfecho esos requisitos, se debe resolver la cuantía de la exención, es decir, el porcentaje de la participación que resultará exenta, según el grado de afectación de los activos de la sociedad a la actividad económica.

⁷⁶² La regla específica de valoración de las participaciones societarias está establecida en el art. 16.uno de la LIP, de tal forma que “la valoración de las mismas se realizará por el valor teórico resultante del último balance aprobado, siempre que esté, bien de manera obligatoria o voluntaria, haya sido sometido a revisión y verificación y el informe de auditoría resultara favorable”. Para el caso de que el mencionado balance no ha sido auditado o el informe de auditoría no resultase favorable, la valoración se efectuará por el mayor valor de los tres siguientes:

- El valor nominal;
- El valor teórico resultante del último balance aprobado; o
- El valor resultante de capitalizar al 20 % el promedio de los beneficios de los tres últimos ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del IP (31 de diciembre de cada año).

Por último balance aprobado entenderemos el último aprobado dentro del plazo legal para presentar la correspondiente declaración del IP, siendo el plazo para presentar el IP determinado por la OM que aprueba el modelo de declaración para cada ejercicio. Igualmente, conviene recordar que la junta general de socios de una sociedad aprobará las cuentas del ejercicio anterior dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio (arts. 164 y 272 de la LSC de 2010 y 2014). En relación con esto, el TS ha interpretado un nuevo criterio de valoración de las acciones y participaciones no cotizadas en el IP. En concreto, la STS de 12 de febrero de 2013 (FJ 4º) razona que “en aplicación de un criterio favorable al mejor acercamiento a la realidad económica de la base imponible del tributo, consideramos que la expresión “el último balance aprobado” ha de tomar como punto de referencia al aprobado dentro del plazo legal para presentar la oportuna autoliquidación, de modo que si en esta fecha está aprobado el ejercicio que se liquida, aun cuando esto haya acontecido con posterioridad a la fecha de devengo, habrá de ser sin embargo el tenido en cuenta por reflejarse en él con evidente mejor precisión el patrimonio del que es titular el sujeto pasivo en la fecha del devengo, que es el que constituye el objeto específico sobre el que la Ley ha establecido el gravamen”, criterio reiterado por la STS de 14 de febrero de 2013 (FJ 2º).

Para las participaciones en entidades negociadas en mercados organizados (por ejemplo, la Bolsa de valores) se computarán según su valor de negociación media del cuarto trimestre de cada año (art. 15 de la LIP).

⁷⁶³ La exención es aplicable a los bienes y derechos sólo en la medida en que estén afectos a la actividad económica, entonces el importe de la exención se derivará de la parte del valor de las participaciones que “corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad” (último párrafo del art. 4.Ocho.Dos de la LIP y art. 6 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP).

Al respecto, la DGT en la CV núm. V0852-11 de 1 de abril de 2011 sugiere, con acierto, que “no ha de confundirse derecho a la exención con cuantía de la misma, que no tiene por qué alcanzar al total valor de los elementos patrimoniales de que se trate”. Y añade que el importe exento “sólo debe ser del 100 % de su valor cuando los activos afectos signifiquen el 100 % del patrimonio neto de la entidad”⁷⁶⁴. A modo ilustrativo, detallamos la descripción de la operación para el cálculo del importe de la exención:

$$\text{Valor de las participaciones} \times \left[\frac{\text{valor de los activos afectos} - \text{deudas actividad}}{\text{Valor del patrimonio neto de la entidad}} \right]$$

El valor de los activos así como el de las deudas será el que figure en la contabilidad siempre que esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad. En defecto de contabilidad, dichos valores se conformarán según los criterios del IP (arts. 10 a 25 de la LIP), que como regla subsidiaria y residual se dispone el valor de mercado.

La calificación de un elemento patrimonial como afecto a una actividad económica se efectúa conforme a las reglas del IRPF de: necesidad, utilización y titularidad (art. 29 de la LIRPF y art. 22 del RIRPF), salvo en lo que se refiere a los activos representativos de la participación en fondos propios o de la cesión de capitales a terceros, que, en su caso, puedan considerarse afectos a la actividad⁷⁶⁵.

En definitiva, los titulares de las participaciones en el capital social de las SL y SA, si se formalizan una serie de requisitos previstos en la normativa del IP, se beneficiarán de una exención sobre la parte del valor de las participaciones que corresponda al valor de los activos (bienes y derechos) afectos a una actividad económica. Por consiguiente, la finalidad de la norma es no someter a tributación el patrimonio productivo de la

⁷⁶⁴ Consúltese la DGT en la CV núm. V0852-11 de 1 de abril de 2011 sobre el alcance del último párrafo del art. 4.Ocho.Dos de la LIP; y, de la misma manera, en la CV núm. V2302-11 de 28 de septiembre de 2011.

⁷⁶⁵ La salvedad que acoge el art. 29.1.c) de la LIRPF, según la cual, “en ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros”, resulta expresamente excepcionada por el art. 6.3 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP, cuando propone que tales elementos patrimoniales “en su caso, podrán estar afectos a la actividad económica”.

Por su parte, se entenderá como valor del patrimonio neto de la entidad, el valor del capital social, resultados acumulados y otras aportaciones de socios.

persona física. Pues bien, aclarados los conceptos valorativos a los efectos del cálculo o importe de la exención, pasemos ahora a examinar por separado cada uno de los requisitos que deben concurrir para que las participaciones societarias disfruten del derecho a la exención en el IP y que, si se cumplen, darán paso a la determinación de la cuantía de la exención.

a) Los requisitos de la entidad participada.

La entidad, societaria o no, de cuyas participaciones proponemos la exención en el IP no puede tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entiende que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica, cuando durante más de 90 días del ejercicio social ocurra⁷⁶⁶:

- Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores (en el sentido financiero del término); o
- Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

La determinación de la existencia de una actividad económica o la afectación de un elemento patrimonial será conforme a lo dispuesto en la normativa del IRPF⁷⁶⁷. De la

⁷⁶⁶ El art. 4.Ocho.Dos.a) de la LIP y el art. 5.1.a) y b) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP contienen los requisitos de la entidad participada para la exención sobre las participaciones en el IP. En este sentido, el citado precepto de la LIP (véase los puntos 1º y 2º de la letra a)) dictamina una serie de instrucciones a los efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas (como por ejemplo, no se computan los valores poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; y tampoco, ni como valores ni como elementos no afectos, aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, con determinados límites).

En opinión, que compartimos, de la DGT en la CV núm. V0177-09 de 30 de enero de 2009, uno de los elementos patrimoniales que no se computarían son los depósitos líquidos en cuentas bancarias; en consecuencia, “el importe que representen en el activo de la entidad habrá de considerarse no afecto para la consideración o no de la entidad como gestora de un patrimonio (mobiliario o inmobiliario)”. Por otra parte, en la CV núm. V1968-15 de 23 de junio de 2015 confirma que, aunque los elementos patrimoniales cumplen con lo previsto y no se reputarán como no afectos, “tampoco existen elementos afectos por la obvia razón de que no pueden existir elementos necesarios para el desarrollo de alguna actividad económica cuando esta no existe”.

⁷⁶⁷ En el apartado c) del punto 8.1.2. sobre la calificación de la remuneración de los administradores hemos considerado los rendimientos de actividades económicas (art. 27.1 de la LIRPF) y en cuanto a la afectación o no a la actividad económica de un elemento patrimonial se estipulará de acuerdo con lo exigido en el art. 29 de la LIRPF, el art. 22 del RIRPF y el art. 6.3 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP.

La DGT en la CV núm. V0457-07 de 28 de febrero de 2007 estima que entre los parámetros que puede tener en cuenta para valorar si un elemento patrimonial está afecto a una actividad económica, se encuentra “la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos de que se trate en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad a que esta se dedique”. En idéntico sentido, se pronuncia en la CV núm. V2129-07 de 8 de octubre de 2007.

misma manera que hemos apuntado para el cálculo del importe de la exención, tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que esta exprese de manera exacta la verdadera situación patrimonial de la sociedad. Sin embargo, ante la falta de contabilidad se establecerán los valores a considerar de acuerdo con las reglas específicas de valoración del IP (arts. 10 a 25 de la LIP), que como criterio subsidiario y residual se implanta el valor de mercado.

Así pues, el primer requisito obliga a que la entidad participada, de cuyas participaciones se tenga la titularidad y que son objeto del derecho a la exención en el IP, deba dedicarse principalmente a una actividad que tenga la calificación como de económica con arreglo a las normas del IRPF.

b) El porcentaje de participación.

El segundo requisito, para optar por el derecho a la exención sobre las participaciones en entidades, hace mención al porcentaje de participación que la persona física (sujeto pasivo) debe ostentar en el capital de la entidad. Desde el punto de vista individual, será igual o superior al 5 %, mientras que se eleva al 20 % cuando se computa conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado (grupo de parentesco), no importando si el parentesco viene dado por consanguinidad, afinidad o adopción⁷⁶⁸.

Para el cumplimiento de este requisito la DGT en la CV núm. V0075-05 de 26 de enero de 2005 presupone, con destreza, que “la persona de que se trate sea directamente titular de las participaciones, como igualmente confirma el art. 4.1 del RD (Reglamento de exenciones del IP) al establecer la posibilidad de exención en el IP de las participaciones en entidades cuya titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo”. Y en la CV núm. V0561-07 de 16 de marzo de 2007 aclara, sobre el alcance subjetivo del denominado grupo de parentesco, que “por sujeto pasivo de referencia ha de entenderse aquel que se tome en consideración para determinar, respecto del mismo, los grados de parentesco y, en consecuencia, la existencia o no del (...) grupo (de

⁷⁶⁸ Este requisito se contempla en el art. 4.Ocho.Dos.b) de la LIP y en el art. 5.1.c) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP, aunque denunciamos que en este último precepto del Reglamento difiere el porcentaje mínimo del sujeto pasivo en el capital de la entidad de forma individual, a saber, de “al menos el 15 %” a igual o superior al 5 % que señala la LIP.

parentesco) a efectos de la exención”. Y concluye que “ante el silencio de la Ley al respecto, cualquiera de los miembros del grupo puede tener ese carácter”⁷⁶⁹.

Entonces, aseguramos que la persona física debe tener la titularidad de al menos un 5 % de participación directa en el capital de la entidad para gozar de la exención sobre aquellas. No obstante, este porcentaje alcanza el 20 % desde el punto de vista familiar.

c) Las funciones de dirección y remuneración de las mismas.

Finalmente, el tercer requisito para la exención de las participaciones en entidades, obliga a que la persona física (sujeto pasivo) ejerza efectivamente funciones de dirección en la participada y percibir por ello una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas, sin computar los rendimientos de las actividades económicas cuyos bienes y derechos afectos disfruten de la exención en el IP⁷⁷⁰.

Cuando la participación en la entidad sea conjunta (familiar) con alguna o algunas de las personas pertenecientes al grupo de parentesco⁷⁷¹, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de satisfacerse como mínimo en una de

⁷⁶⁹ En términos similares, la DGT en la CV núm. V0916-07 de 4 de mayo de 2007. Por su parte, RUIZ HIDALGO, C.: “*La retribución de los administradores...*”, ob. cit., p. 65, en su nota a pie núm. 47, critica y propone acertadamente que “La Ley no ha establecido un sujeto pasivo de referencia para determinar el grupo familiar, como podría ser, a título de ejemplo, aquel que ejerza efectivamente las funciones de dirección”.

⁷⁷⁰ El art. 4.Ocho.Dos.c) de la LIP y en el art. 5.1.d) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP, dispone las condiciones en relación a las funciones de dirección y remuneración para la exención en el supuesto de participaciones en entidades. A tal efecto, resulta conveniente apuntar que la exención en el IP de los bienes y derechos afectos a una actividad económica (empresarial o profesional) se recoge en el art.4.Ocho.Uno de la LIP y en los arts. 1 a 3 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP.

A juicio de la DGT en la CV núm. V0678-16 de 19 de febrero de 2016 cuando las normas del IP utilizan el término de “rendimiento” debe deducirse por “rendimiento neto”, y así “de la misma forma que el art. 3.1 del RD de Reglamento de exenciones del IP, prevé que la principal fuente de renta para las personas físicas que ejerzan actividades económicas ha de referirse a rendimientos netos, a igual conclusión ha de llegarse cuando la letra c) del art. 4.Ocho.Dos de la LIP se refiere a rendimientos, los cuales, de forma coherente, han de entenderse netos, es decir, tanto para el trabajo como para actividades económicas, de acuerdo, respectivamente con los arts. 19 y 28 de la LIPRF”, argumento que compartimos.

Si una misma persona física participa directamente en varias entidades, concurriendo los restantes requisitos de la exención, el cómputo del porcentaje del 50 % se efectuará de manera separada para cada una de esas entidades; si bien, para determinar el porcentaje que representa en cada entidad, no se incluirán los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades (art. 5.2 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP).

⁷⁷¹ La noción de grupo de parentesco según lo expresado en el art. 4.Ocho.Dos.b) de la LIP y que hemos examinado en el apartado b) anterior de los requisitos sobre el porcentaje de participación.

las personas del mencionado grupo, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

También, el art. 5.1.d) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP detalla una serie de cargos que contienen la realización de las funciones directivas. Así, las funciones de dirección, que se deben acreditar mediante el correspondiente contrato o nombramiento, se incluyen en los cargos de: Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, cuando impliquen una efectiva intervención en las decisiones de la sociedad.

En relación con esto, la DGT en la CV núm. V0230-14 de 30 de enero de 2014 opina que “se trata de una enumeración a título de ejemplo, sin carácter exhaustivo, con la que se pretende vincular el concepto de funciones directivas con la dirección de la empresa, no tanto con las grandes decisiones a largo plazo y de política general de la entidad, sino con el día a día gerencial de la misma”. Y concluye que “se cumplirá el requisito del art. 4.Ocho.Dos de la LIP cuando las repetidas funciones se desempeñen de manera efectiva, con independencia de la denominación del cargo y del vínculo que exista contra la entidad”. Por tanto, no supone inconveniente alguno el tipo de vínculo (laboral o mercantil) que tenga el directivo con la sociedad en cuestión. Igualmente, si bien con mayor rotundidad, la CV núm. V1155-14 de 28 de abril de 2014 advierte que “la norma reglamentaria, aunque enumera a título ejemplificativo una serie de cargos que comportan por lo general el desempeño de funciones directivas, vincula el ejercicio de tales funciones a que impliquen una efectiva intervención en el día a día de las decisiones empresariales, sin referencia al tipo de vínculo que tenga el directivo con la entidad de que se trate”⁷⁷². Tales pretensiones se encaminan, y nos congratulamos por ello, en la línea que defendemos sobre la superación de la doctrina del vínculo para las funciones directivas (ejecutivas) desempeñadas por el administrador societario.

⁷⁷² La persona que realiza las funciones de dirección puede ser, a su vez, contratada laboralmente a jornada completa (véase la DG en CV núm. V2432-08 de 18 de diciembre de 2008). Las funciones directivas pueden ser ejercidas tanto por miembros del órgano de administración de la sociedad, como por personal directivo de alta dirección, sobre ello consúltese, entre otras, la DGT en la CV núm. V1848-09 de 6 de agosto de 2009 y en la CV núm. V1335-13 de 19 de abril de 2013.

Para MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:....*”, ob. cit. p. 28, en su nota a pie núm. 50, la literalidad de la norma del IP “admite a los efectos de la exención, el ejercicio de funciones directivas en el marco de relaciones laborales que no reúnen los requisitos de la alta dirección”, razonamiento que compartimos.

En síntesis, la persona física que quiera obtener el derecho a la exención sobre las participaciones en una entidad, debe ejercer verdaderamente las funciones de dirección (gestión diaria de la sociedad) y percibir por ello una remuneración en las condiciones señaladas *supra*. También es posible beneficiarse de esta exención si este requisito lo cumple al menos una de las personas del grupo familiar.

Para concluir con este apartado, si se satisfacen todos los requisitos y condiciones sobre la exención de las participaciones en entidades que hemos analizado, se admite la posibilidad de que la persona física titular de las participaciones en la concreta sociedad obtenga el derecho a la exención fiscal en la base imponible del IP por la parte del valor de las participaciones que corresponda al patrimonio afecto al ejercicio de la actividad económica⁷⁷³. Esto es, quedará bonificado fiscalmente la parte del valor de las participaciones que corresponda al valor de los bienes y derechos (menos el importe de las deudas derivadas) del ejercicio de la actividad. A continuación proponemos un supuesto de hecho para una mejor comprensión de la exención fiscal analizada en este apartado y su concordancia con el cargo de administrador, después comprobaremos la influencia de la doctrina del vínculo en la aplicación de la exención sobre las participaciones en entidades.

- **Supuesto de hecho.**

Una persona física A tiene una participación del 70 % y su cónyuge B el 30 % restante de una SL, cuya actividad económica es la construcción de edificios residenciales. Además, el cónyuge B es la administradora de la SL y recibe una remuneración por la gestión diaria de la empresa. Verifiquemos si las participaciones de titularidad de la persona física A están exentas o no del IP.

Determinado que la persona física A es el sujeto pasivo del IP, el hecho imponible será la titularidad de las participaciones de la SL, cuyo contenido económico vendrá atribuido por las reglas de valoración de la normativa del IP (en este caso, el art. 16.uno de la LIP) y, entonces, definirá la base imponible del IP del sujeto pasivo A. Para resolver si estas participaciones (70 %) gozan de exención fiscal, revisemos si se

⁷⁷³ Resulta interesante para un estudio más exhaustivo el art. de GARCÍA NOVOA, C.: “*Problemas de aplicación del ISD en las CCAA. Especial referencia al caso de Galicia*”, en revista Técnica Tributaria, núm. 94, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pp. 36 a 73.

cumple con los requisitos del art. 4.Ocho.Dos de la LIP y de ser así poder calcular el importe de la exención. De este modo, tenemos:

- La SL no detenta por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se desarrolla una actividad económica de construcción y, según la contabilidad, todos los elementos patrimoniales son afectos a esa actividad. Se cumple con el primer requisito.
- El sujeto pasivo A es titular de las participaciones de la SL en un porcentaje igual o superior al 5 % (tiene el 70 %), y si se computa con el cónyuge B (tiene el 30 %), en total A + B suman el 100 % del capital social, más del 20 % que se exige. También se satisface el segundo requisito.
- Las funciones de dirección en la citada SL y la remuneración derivada de la misma pueden recaer en el cónyuge B, cuando la participación es conjunta (A + B). El cargo de administradora es gratuito en su condición como tal, percibiendo una remuneración por el ejercicio efectivo de las funciones diarias o ejecutivas, que incluyen las directivas, y representa más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas. Igualmente se confirma el tercer requisito.

Obtenido, pues, el derecho a la exención fiscal de las participaciones del sujeto pasivo A en su declaración del IP, el porcentaje que resultará exento de tributación será del 100 %, dado el grado de afectación total de los activos a la actividad económica.

9.3.- Las participaciones en sociedades y la teoría del vínculo.

Como se ha podido constatar en los capítulos anteriores del presente trabajo, la doctrina del vínculo ha provocado resultados tributarios perjudiciales para la sociedad en el IS⁷⁷⁴ y para el administrador (persona física) en el IRPF⁷⁷⁵. Pero, si bien inicialmente los efectos se centraron sobre todo en el IS y posteriormente en el IRPF, de ahí se derivaron consecuencias que de una manera indirecta inciden en otros impuestos

⁷⁷⁴ En el Capítulo 7 hemos analizado la remuneración del administrador como gasto deducible en el IS y la problemática sobre la falta de previsión en los estatutos sociales de la remuneración.

⁷⁷⁵ En el Capítulo 8 tratamos la calificación de los rendimientos percibidos por el administrador por las funciones desempeñadas y por otros servicios al margen para la sociedad.

como el IP y el ISD (que examinaremos en el próximo capítulo), limitando el acceso a los incentivos fiscales y, por ende, en la tributación del contribuyente.

En efecto, en el IP se cuestiona la aplicación de la exención fiscal sobre las participaciones en sociedades si el cargo de administrador es gratuito o no hay prevista cantidad alguna por ese concepto en los estatutos de la sociedad. Recordemos que la norma del IP exige que las funciones de dirección ejercidas por el sujeto pasivo (o persona del grupo familiar) en la sociedad participada sean remuneradas y represente más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas (art. 4.Ocho.Dos.c) de la LIP y en el art. 5.1.d) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP⁷⁷⁶. Dentro de las funciones de dirección, que se deben acreditar mediante el correspondiente contrato o nombramiento, se encuentran los cargos de Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, cuando impliquen una efectiva intervención en las decisiones de la sociedad.

De esta manera, tanto un Director financiero como un Director de seguridad desarrollan tareas de dirección (como por ejemplo, aprobar una póliza de crédito o la contratación de personal de seguridad, respectivamente), propias de su departamento, pero de dirección al fin y al cabo y que suponen una verdadera intervención en las decisiones de la sociedad. Lo mismo ocurre con las funciones de un administrador societario que como se recordara las diferenciamos entre las de gestión de sociedad (no ejecutivas o indelegables) y las de dirección o empresa (funciones ejecutivas o delegables), tal es el caso del desarrollo y la ejecución de la política general y estratégica, es decir, las propias de un alto directivo o administrador ejecutivo⁷⁷⁷. Por eso, es razonable que se remuneren esas funciones relativas a la dirección cuando su ejecución conlleve una efectiva intervención diaria de las decisiones empresariales. Precisamente, la clave está ahí en vincular tales funciones con una participación real y

⁷⁷⁶ En el punto anterior 9.2 sobre la exención de las participaciones en sociedades: requisitos, hemos constatado que gozarán de exención la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, siempre que concurran los requisitos que se han examinado y, en concreto, en el apartado c) acerca de las condiciones en las funciones de dirección y remuneración de las mismas.

⁷⁷⁷ Para una mejor comprensión aludimos al apartado 5.5.1 relativo a la naturaleza de la relación administrador-sociedad y, en concreto, al esquema 2: Las funciones del administrador societario.

eficaz en las decisiones de la empresa. A nuestro parecer, en todos estos casos, se posibilita la exención fiscal en el IP.

Consecuentemente, coincidimos con DURÁN-SINDREU BUXADÉ que “no es pues necesario que se perciba una retribución específica por funciones propias de la más alta dirección, sino que es suficiente que se retribuyan las funciones inherentes a la dirección del departamento de que se trate siempre que su desempeño implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”⁷⁷⁸.

En este contexto, la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) reconoce que no es obstáculo que los estatutos sociales contengan la gratuidad del cargo de administrador para la aplicación de las reducciones fiscales y aclara, con innegable acierto, que “cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas en una entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización, para conocer lo cual hay que coincidir con la Sala de instancia en que es necesario integrar todas las circunstancias y conocer de forma fehaciente los hechos”⁷⁷⁹. Y concluye que de la documentación que se acompaña en la petición “(nos) conduce inexorablemente a considerar que (...) sí ejercía las funciones de dirección (...), al intervenir de manera decisiva en el desarrollo normal de la

⁷⁷⁸ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 50, apunta como factor determinante la efectiva intervención en las decisiones.

⁷⁷⁹ Véase la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) acerca de la reducción prevista en el ISD para las empresas familiares y su aplicación en el supuesto de hecho. El donatario ejercía como encargado de la sociedad percibiendo una remuneración por ello y nada por su condición de administrador, estableciendo los estatutos la gratuidad del cargo. La prueba documental despejó cualquier duda sobre el ejercicio efectivo de las funciones de dirección, entre otros, la escritura pública de constitución de la sociedad, la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, las pólizas de crédito, la cuenta corriente de crédito mercantil, los contratos varios de diferente índole y las nóminas de diferentes trabajadores de la entidad.

Con anterioridad los pronunciamientos eran más bien confusos, por ejemplo, la STSJ La Rioja de 19 de mayo de 2009 (FJ 2º) razona que “el único cargo remunerado que consta ejercido por el recurrente en la empresa es el que figura en los recibos oficiales de salarios de Oficial 2ª, con el salario correspondiente a esa categoría profesional y una serie de incentivos que se incluyen en concepto de calidad o cantidad de trabajo. Por tanto, aun cuando se considere que ejercía funciones directivas, no cumple el requisito de percibir por ello retribuciones que representen más del 50 % de la totalidad de los rendimientos”. De igual forma, la STSJ Andalucía de 4 de marzo de 2010 (FJ 4º) se manifiesta concluyente y deduce que “el contrato laboral y el grupo de cotización contradicen las afirmaciones y certificaciones en cuanto a la supuesta función directiva de la causante en la entidad empresarial, por lo que forzosamente ha de concluirse que no ha quedado acreditado que la causante ejerciese funciones de dirección en la empresa, lo que supone la imposibilidad de aplicar la reducción (en el impuesto)”. No obstante, la STSJ La Rioja de 21 de mayo de 2010 (FJ 5º) afirma que “no podemos limitar la aplicación de la reducción establecida basada en una mera cuestión nominal, es necesario integrar todas las circunstancias y conocer de forma fehaciente los hechos que llevan a la aplicación o inaplicación de la normativa alegada”.

empresa”. Por lo tanto, se cumplen los requisitos necesarios para reconocer el derecho a beneficiarse de la reducción fiscal.

Igualmente, la resolución del TEAR de Galicia de 5 de febrero de 2014 confirma que es compatible la existencia de un órgano de administración, cuyas funciones estén previstas en los estatutos sociales, con una gerencia ejecutiva. Por tanto, la gratuidad del cargo de administrador es irrelevante y entiende que “(se) ejercía labores directivas no sólo como administradora sino también en su cargo de Directora de Departamentos y, que era retribuida por estos últimos en el porcentaje exigido por la normativa (...), por lo cual es procedente la aplicación del beneficio fiscal controvertido”⁷⁸⁰.

Y en opinión, que compartimos, de la DGT en la CV núm. V0230-14 de 30 de enero de 2014 señala que la naturaleza de la relación administrador-sociedad y el art. 5.1.d) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP, no son “obstáculo alguno para que las funciones directivas, tal y como se entienden desde la perspectiva del impuesto patrimonial, puedan ser desempeñadas tanto por miembros del consejo de la entidad (...) como por personal directivo de alta dirección”. De cumplirse con los requisitos para el derecho a la dispensa fiscal, prosigue “en este caso, el ejercicio de funciones gerenciales y de gestión, es decir directivas y la percepción del porcentaje de remuneraciones exigido legalmente es irrelevante a tal efecto el modo en que se hagan efectivas”. Y concluye que se satisface con ese requisito “cuando las repetidas funciones se desempeñen de manera efectiva, con independencia de la denominación del cargo y del vínculo que exista contra la entidad”. Aunque esa efectiva intervención en las decisiones de la empresa no deja de ser una cuestión de hecho (prueba) que habrá de acreditarse pero sin estar relacionada con ningún cargo en particular⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Asimismo, la resolución de 25 de febrero de 2014 de la DGRN matiza, al respecto de una disposición estatutaria que distingue entre la gratuidad del cargo de los administradores y el carácter remunerado del consejero delegado, que “no existe problema conceptual en aceptar el carácter retribuido del cargo de alguno o algunos de los administradores frente al resto siempre que exista un factor de distinción. Y, precisamente, el trabajo que desempeñen para la sociedad es la circunstancia que justifica, la que causaliza, la retribución especial”.

⁷⁸¹ En la misma línea argumentativa, consúltese la DGT en la CV núm. V1848-09 de 6 de agosto de 2009; en la CV núm. V2372-10 de 2 de noviembre de 2010; en la CV núm. V1335-13 de 19 de abril de 2013; y en la CV núm. V1155-14 de 28 de abril de 2014.

Acerca de la irrelevancia de la naturaleza del vínculo a los efectos del IP, RUIZ HIDALGO, C.: “*La retribución de los administradores...*”, ob. cit., pp. 66, considera que “para el cumplimiento de la exención, la retribución de los administradores, tanto si viene por vía estatutaria, como por un contrato de alta dirección, será la que se tenga en cuenta a efectos de determinar si se percibe más del 50 % respecto de otros rendimientos del trabajo o de actividades económicas”.

A mayores la DGT en la CV núm. V2969-15 de 7 de octubre de 2015 confirma que “no es necesario, por tanto, que los estatutos sociales especifiquen cuáles son las funciones que desempeña su administrador, aunque sea lógico que así suceda. De la misma forma, tampoco la mera designación como administrador comporta, sin más, el ejercicio de funciones directivas si no existe, como dice la norma reglamentaria, una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”⁷⁸². Participamos totalmente de esta argumentación por ser la postura que defendemos sobre la separación de funciones.

Por fin, el TS parece acabar con el debate mediante la Sentencia de 18 de enero de 2016 (FJ 5º) para la unificación de doctrina, confirmando que “cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas por el sujeto en la entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización”, criterio que viene a ser coincidente con anteriores pronunciamientos y resoluciones de la DGT⁷⁸³. Y se muestra concluyente, cuando cumplidos los requisitos, se aplique la exención fiscal “sin que deban excluirse los supuestos en que los estatutos societarios prevén la gratuidad de los cargos de administración de la sociedad si queda demostrada la existencia de una relación laboral entre el sujeto que ejerce efectivamente funciones directivas y la sociedad”.

En suma, el elemento crucial está en el desarrollo de las funciones directivas de manera que supongan una efectiva intervención en la gestión diaria de la sociedad, al margen del cometido o cargo que se tenga; y, por lo tanto, será desligado de la condición de administrador⁷⁸⁴. Asimismo, resulta relevante que se reciba una

⁷⁸² Véase la DGT en la CV núm. V2969-15 de 7 de octubre de 2015 a la cuestión planteada sobre si, a los efectos de la exención en el IP, la remuneración implica el ejercicio de funciones directivas o es preciso que éstas, así como su remuneración, consten de forma expresa en los estatutos sociales.

⁷⁸³ La STS de 18 de enero de 2016 (FJ 5º) resuelve en base a la doctrina sentada por la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) y de acuerdo con la fundamentación de diversas CV formuladas por la DGT como, la CV núm. V1335-13 de 19 de abril de 2013; la CV núm. V0230-14 de 30 de enero de 2014; y la CV núm. V1155-14 de 28 de abril de 2014.

⁷⁸⁴ En la misma línea de pensamiento encontramos a DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 52, para quien “la cuestión relevante en el ámbito del IP y del ISD, es que el desempeño del cargo que se ostente implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa, circunstancia que es independiente de la condición de administrador”. De manera similar, MARÍN BENÍTEZ, G.: *“Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: ...”*, ob. cit. p. 29 afirma que “el problema interpretativo se cifra en la relevancia fiscal de la eventual contrariedad a Derecho de las retribuciones que permiten dar por cumplido el requisito establecido para la exención: como son contrarias a Derecho -se razona- ha de hacerse como si no existieran para el mundo jurídico”.

remuneración por el ejercicio de tales funciones directivas sin que quepa, a nuestro juicio, reserva estatutaria por ella. Entonces, se deduce la procedencia de la aplicación de la exención fiscal en el IP y, por consiguiente, la teoría del vínculo queda superada dado que las remuneraciones del administrador por las funciones ejecutivas o de dirección (gestión de empresa) que proponemos que no requieren de cobertura estatutaria.

10.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL DEL ISD.

Cuando una persona física adquiere un elemento patrimonial (por ejemplo, una vivienda o una cantidad de dinero) sin contraprestación alguna, nos encontramos ante una adquisición gratuita y, además, observamos como tal elemento pasa a formar parte de su patrimonio personal. Precisamente, la justificación técnica del ISD es gravar esos incrementos patrimoniales obtenidos de forma gratuita, por actos *inter vivos* (donación) o *mortis causa* (herencia).

En cuanto al alcance del ISD, en el Capítulo 8 analizamos las remuneraciones que perciben los administradores en su relación jurídica con la sociedad, calificándolas como rendimientos del trabajo, del capital, de actividad económica y de ganancias patrimoniales⁷⁸⁵. Si bien esta última calificación quedó descartada, se constataron las ganancias (o pérdidas) patrimoniales como una categoría de la renta que reciben las personas físicas y que el IRPF somete a tributación. Por razón de la naturaleza de la alteración patrimonial de la que provienen, las transmisiones lucrativas (o gratuitas) son una clase de esas ganancias (o pérdidas) patrimoniales que se declararán no sujetas al IRPF y sí gravadas al ISD, de ahí la vinculación entre ambos impuestos. En definitiva, el ISD grava las ganancias patrimoniales obtenidas por el adquirente en los casos de herencia y donación. Por el contrario, las transmisiones lucrativas únicamente tributarán en el IRPF del transmitente cuando provengan de donaciones y éstas generen ganancias patrimoniales.

De la misma manera, podemos comprobar su conexión con el IP (Capítulo 9) mediante la titularidad de los elementos patrimoniales, en éste (IP) tributa la posesión de los mismos mientras que en el ISD la transmisión de aquellos.

Sin embargo, la regulación del ISD es compleja por la coexistencia de un sistema estatal y una normativa autonómica con, a veces, “finalidades contrarias”. Si la razón del impuesto es recaudatoria y redistributiva de la riqueza, la cesión de las competencias

⁷⁸⁵ Consúltese la Tabla 2 relativa a las calificaciones de las remuneraciones en la relación jurídica sociedad-administrador, que planteamos en la sección 8.1.2 sobre la calificación de la remuneración de los administradores.

normativas a las CCAA ha provocado la práctica supresión del ISD para los parientes más cercanos, a través de la instauración de beneficios fiscales⁷⁸⁶.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en el presente Capítulo analizaremos el ISD, de un modo general (no es objeto de este trabajo un estudio exhaustivo de este impuesto) para familiarizarnos con él. Posteriormente, verificaremos la relación que la remuneración de los administradores societarios tiene con el ISD para cumplir con el incentivo fiscal de una reducción en la tributación por las participaciones en sociedades que se adquieran en herencias y que se transmitan en donaciones.

10.1.- Consideraciones generales.

El ISD⁷⁸⁷ sujeta a gravamen los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo, es decir, la obtención de riqueza sin contraprestación económica, por las

⁷⁸⁶ El trato desigual en los beneficios fiscales a residentes o no en España comportó que la STJUE de 3 de septiembre de 2014 (asunto núm. C-127/12) declarara contrario al derecho originario de la UE (principio de libre circulación de capitales) el régimen fiscal establecido en el ISD español. Así, sentencia que se han permitido diferencias “en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste”, obligando a adaptar la legislación interna. La citada resolución puede comprobarse en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=157285&doclang=ES>, consultada el día 31 de mayo de 2017.

También, véase el interesante art. de GARCÍA DE PABLOS, J. F.: “*La urgente reforma del ISD en España a la luz del derecho comunitario*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 18, Ed. Aranzadi, 2014, pp. 133 a 152.

⁷⁸⁷ El ISD viene regulado por la LISD y el RISD, tiene carácter de tributo complementario del IRPF, de naturaleza directa y grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas. Los incrementos lucrativos obtenidos por las personas jurídicas se someten al IS. En su exposición de motivos la LISD, en vigor desde el 1 de enero de 1988, destaca su contribución a la redistribución de la riqueza y mantenimiento de los dos principios que inspiraban la anterior ordenación del ISD, como son: la cuantía de la adquisición patrimonial y el grado de parentesco entre transmitente y adquirente; en consonancia con el art. 31 de la CE. Igualmente, se destaca la especial armonía con el IP.

A los meros efectos ilustrativos, el predecesor de la LISD lo encontramos en el Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentos, cuyo desarrollo se regulaba por el Decreto 176/1959, de 15 de enero, por el que se aprueba su Reglamento.

El ISD es un impuesto totalmente cedido a las CCAA y, además de la atribución del rendimiento, tienen capacidad para regular aspectos del impuesto como: las reducciones, la tarifa, los coeficientes multiplicadores y la cuantía del patrimonio preexistente, las deducciones y bonificaciones, la gestión y la liquidación (véanse el art. 2 y disp. adic. 1ª de la LISD; los arts. 5 y 6 del RISD y los arts. 25 a 29, 32, 48 y 54 de la Ley 22/2009 del sistema de financiación de las CCAA).

Para un estudio más completo del ISD puede consultarse a GARCÍA GÓMEZ, A. J.: “ISD” en MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. Y CAYÓN GALIARDO, A. (Directores): *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, 12ª ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 448 a 476 (sucesiones) y pp. 476 a 484 (donaciones). Además, puede revisarse a CALVO VÉRGEZ, J.,

personas físicas (por ejemplo, cuando fallece una persona y deja unos bienes a sus sucesores o recibimos una donación). Se entiende por incremento de patrimonio toda incorporación de bienes y derechos al patrimonio de una persona física (art. 2 del RISD). Así, se exige el impuesto con arreglo al examen de la realización de la operación o hecho imponible que cause el incremento de patrimonio. Las operaciones sujetas al ISD son⁷⁸⁸:

- La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio;
- La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*; y
- La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario.

Los sujetos pasivos (personas físicas) obligados al pago del ISD, según el caso de la operación realizada, son⁷⁸⁹:

- Los beneficiarios de la herencia o legado (causahabientes), en las adquisiciones *mortis causa*;
- Los donatarios o favorecidos por ellas, en las donaciones y demás transmisiones lucrativas *inter vivos*; y
- Los beneficiarios, en los seguros sobre la vida.

El valor económico estimado por los interesados sobre los bienes y derechos adquiridos, para el caso de las herencias y donaciones, y las cantidades percibidas por

FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GARCÍA CALVENTE, Y., GARCÍA LUIS, T., MANZANO SILVA, E. Y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: "Lección 9. ISD", en MERINO JARA, I. (Director): *Derecho Tributario. Parte Especial*, 5ª ed., Ed. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2016, pp. 369 a 405.

⁷⁸⁸ El hecho imponible del ISD viene regulado en el art. 3 de la LISD y en el art. 10 del RISD. También, la normativa incluye la presunción de hechos imponibles o de incremento de patrimonio a título lucrativo (art. 4 de la LISD y art 15 del RISD). Por otro lado, los supuestos de no sujeción o de exención se contemplan en el art. 3 del RISD y en la disp. trans.3ª de la LISD, respectivamente.

El devengo del ISD se produce en el momento del fallecimiento del causante en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida; mientras que en las donaciones u otros negocios jurídicos lucrativos *inter vivos* será el día en que se cause o celebre el acto o contrato (art. 24 de la LISD y art. 47 del RISD).

⁷⁸⁹ El art. 5 de la LISD y el art. 16 del RISD determinan los sujetos pasivos del impuesto a título de contribuyentes. Además, hay que tener en cuenta la obligación personal de contribuir (contribuyentes con residencia habitual en España), de conformidad con el art. 6 de la LISD y el art. 17 del RISD; y la obligación real de contribuir (no residentes por la adquisición de bienes y derechos situados en territorio español), según lo estipulado en el art. 7 de la LISD y en el art. 18 del RISD.

los beneficiarios, en los seguros sobre la vida, constituyen la base imponible del ISD⁷⁹⁰. De esta forma, para hallar el valor neto de la adquisición individual hay que tomar en consideración el valor real de los bienes y derechos declarados por el interesado minorando las deducciones de cargas o gravámenes, de deudas y de gastos, que así procedan⁷⁹¹. El concepto de valor real que, a nuestro entender, sería el valor más probable que el bien o derecho puede adquirirse en el mercado, es un término jurídico indeterminado y criticamos que la norma del ISD no haya definido qué debe entenderse por este valor, en aras a la seguridad jurídica que debe imponerse. No obstante, la jurisprudencia del TS lo ha equiparado al de valor de mercado⁷⁹².

⁷⁹⁰ La base imponible del ISD se establece en el art. 9 de la LISD y en los arts. 22, 35 y 39 del RISD, respectivamente. En este sentido, la exposición de motivos de la LISD aclara, de manera no muy atinada, que “en la valoración de los bienes y derechos transmitidos, a efectos de la fijación de la base imponible, se sigue el criterio tradicional del valor real, que estimado en principio por los interesados, es comprobado por la Administración”.

Al respecto, el art. 18.2 de la LISD dispone que “los interesados deberán consignar en la declaración que están obligados a presentar según el art. 31 el valor real que atribuyen a cada uno de los bienes y derechos incluidos en la declaración del impuesto. Este valor prevalecerá sobre el comprobado si fuese superior”.

⁷⁹¹ En el valor cuantificado de las adquisiciones de bienes y derechos por herencia se sumarán los bienes adicionales (art. 11 de la LISD y art. 23 del RISD) y se restarán las cargas y gravámenes (por ejemplo, los censos y las pensiones), las deudas (tales como, tributos y deudas a la Seguridad Social) y los gastos (entre otros, los de entierro y funeral) que sean deducibles (arts. 9, 12, 13 y 14 de la LISD y arts. 22, 31, 32 y 33 del RISD). En los mismos términos se procederá en el valor de las donaciones y demás transmisiones lucrativas *inter vivos*, salvo la adición de bienes y la deducción de los gastos que no son admisibles (arts. 9, 16 y 17 de la LISD y arts. 35, 36, 37 y 95 del RISD). Por último, en el caso del seguro sobre la vida, la cantidad percibida por el beneficiario se entiende valor neto, por lo que no cabe deducción alguna (art. 9 de la LISD y art. 39 del RISD).

También, en la valoración de los bienes que integran el incremento del patrimonio obtenido hay que tener presente las reglas especiales contenidas en la normativa del ISD. Por un lado, las reglas relativas a la valoración y liquidación de los derechos de usufructo, uso y habitación (comunes tanto para el caso de las herencias como de las donaciones) y recogidas en el art. 26 de la LISD y en los arts. 49, 50 y 51 del RISD. Y, por otro lado, las normas referidas a la regulación de determinadas instituciones sucesorias (como por ejemplo, los fideicomisos) y a ciertos principios a aplicar en la liquidación del impuesto (como es el caso de la partición de la herencia) contenidos en los arts. 27 a 30 de la LISD y en los arts. 54 a 61 del RISD.

⁷⁹² En la STS de 10 de abril de 2014 (FJ 2º) identifica el valor real de un bien (inmueble) con el valor del mercado y para fijar el valor de mercado se remite a resoluciones anteriores, en particular, a la STS de 5 de octubre de 1995 (FJ 4º), donde afirma que “Es el importe neto que razonablemente podría esperar recibir un vendedor por la venta de una propiedad en la fecha de valoración, mediante una comercialización adecuada, y suponiendo que existe al menos un comprador potencial correctamente informado de las características del inmueble y que ambos, comprador y vendedor, actúan libremente y sin un interés particular en la operación”. En idéntico sentido se pronuncia la DGT en la consulta núm. 1802-01 de 5 de octubre de 2001.

También, se muestra crítica con el concepto de valor real AGULLÓ AGÜERO, A.: “Base imponible y valoración de bienes”, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pp. 73 a 101. Igualmente, MOCHÓN LÓPEZ, L.: “El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude”, en revista *Quincena Fiscal*, núm. 22, Ed. Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 39 a 66.

Seguidamente, la base liquidable del ISD se obtiene aplicando sobre la base imponible las reducciones estatales y autonómicas, por este orden, previstas y que correspondan⁷⁹³. Pese a que las estatales resultan atribuibles exclusivamente cuando las CCAA no han hecho uso de sus competencias. Las reducciones son beneficios fiscales a la hora de tributar por el impuesto y dependen de una serie de factores como, entre otros, el grado de parentesco y la naturaleza de los bienes y derechos obtenidos. La norma nos distingue entre las reducciones a destinar en adquisiciones *mortis causa* (herencias) y en donaciones o transmisiones lucrativas *inter vivos*. Sobre esto, y para centrarnos en el ámbito de nuestro estudio de investigación, trataremos las reducciones atendiendo al carácter de los bienes y derechos incorporados al patrimonio del sujeto pasivo, en concreto, las aplicables a las participaciones en entidades societarias adquiridas a través de herencia y de donación⁷⁹⁴. Pasemos a examinarlas por separado y, a su vez, constataremos su relación con el IP, con las funciones del administrador societario como requisito y, también, la influencia de la teoría del vínculo.

10.2.- La reducción de participaciones en sociedades en herencias.

Una persona física puede heredar las participaciones en sociedades que eran de titularidad del causante de la sucesión y, consecuentemente, deberá tributar en el ISD por el valor de aquellas. Sin embargo la normativa del impuesto recoge la posibilidad de

⁷⁹³ La base liquidable se determina mediante el art. 20 de la LISD y el art. 42 del RISD sobre las reducciones generales a utilizar. Asimismo, las CCAA tienen competencia para regular en su territorio reducciones en la base imponible del ISD de conformidad con el art. 48.1.a) de la Ley 22/2009 del sistema de financiación de las CCAA. En relación con esto, la DGT en la CV núm. V1545-11 de 15 de junio de 2011 puntualiza que “las reducciones reguladas por la normativa del Estado constituyen, por lo tanto, un límite mínimo de las reducciones aplicables a cualquier sujeto pasivo del ISD, sin que ninguna norma de las CCAA pueda reducir su alcance, el cual sólo puede ser ampliado”.

Sobre el procedimiento de liquidación del ISD puede constatarse en MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C. Y POVEDA BLANCO, F.: *Derecho Tributario*, ed. 20ª, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 488 y 490, en sus cuadros 15 y 16 donde detallan el proceso de liquidación de las adquisiciones *mortis causa* y gratuitas, respectivamente. De igual forma, CALVO VÉRGEZ, J., FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GARCÍA CALVENTE, Y., GARCÍA LUIS, T., MANZANO SILVA, E. Y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: “Lección 9. ISD”, en MERINO JARA, I. (Director): *Derecho...*, ob. cit., pp. 371 y 372, resumen el esquema de liquidación en la modalidad de sucesiones y de donaciones.

⁷⁹⁴ Léase, al respecto, el sustancioso trabajo de MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los incentivos fiscales al relevo generacional en la empresa familiar y su controvertida aplicación práctica*”, en revista Técnica Tributaria, núm. 114, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2016, pp. 29 a 64, referente a la aplicación de un régimen fiscal favorable, para las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* de empresas familiares, constituido por una serie de normas que se vinculan a la exención en el IP para ciertas participaciones en el capital de entidades.

reducir la base (imponible) sujeta a gravamen en estos casos, si bien cumpliendo con una serie de condiciones y requisitos que ahora comprobaremos.

En las adquisiciones *mortis causa* por este concepto se aplicará en la base imponible del ISD una reducción del 95 % del valor que corresponda a las participaciones en entidades sociedades⁷⁹⁵, al que sea de disfrute la exención del IP (art. 4.Ocho.Dos de la LIP)⁷⁹⁶, cuando se haga a favor del cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida, siempre que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, excepto que falleciera el adquirente dentro de ese plazo⁷⁹⁷. Tal reducción se vincula a la previa exención del causante en el IP con relación a las participaciones objeto de la transmisión. Esta vinculación responde al propósito de garantizar un estímulo fiscal oportuno que favorezca la transmisión entre las personas de negocios y participaciones en sociedades mercantiles⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ Recordemos que para el propósito de nuestro trabajo, en concreto, nos vamos a concentrar en el caso de las participaciones en entidades societarias y, en particular, las SL y las SA.

⁷⁹⁶ Consúltese el apartado 9.2. relativo a la exención de las participaciones en sociedades: requisitos. Básicamente, gozarán de exención las participaciones en entidades societarias titularidad de la persona física sujeta al IP cuando la entidad participada desarrolle principalmente una actividad económica, el sujeto pasivo ostente un porcentaje de participación del 5% (20 % en grupo de parentesco) del capital de la sociedad y ejerza efectivamente funciones de dirección (o una de las personas del grupo familiar) y remuneración por ellas que represente más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas.

⁷⁹⁷ Véase el art. 20.2.c) de la LISD acerca de las reducciones por la adquisición de participaciones en entidades por causa de herencia. Cuando no existan descendiente o adoptados, la reducción se aplicará a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos. En todo caso, el cónyuge supérstite tendrá derecho a la reducción del 95 %.

Si se incumple el requisito de permanencia (diez años), deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.

Las CCAA que, haciendo uso de sus competencias, han mejorado las reducciones de la base imponible por adquisiciones *mortis causa* y que sustituyen a las equivalentes del Estado, las ordenan por normativa propia, si bien dentro de los límites de capacidad legal que permite la Ley 22/2009 del sistema de financiación de las CCAA. Por ejemplo, en Cantabria el art. 5.3 del Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado; en Cataluña los arts. 10 a 16 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del ISD; en Madrid los arts. 21, 22 y disp. trans.1ª del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado; y en Galicia los arts. 7 y 8.seis del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

⁷⁹⁸ La Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 385/14 de 31 de diciembre de 1994), en su art. 6, aconseja que “es conveniente garantizar la supervivencia de la empresa mediante un trato fiscal adecuado de la sucesión y la donación. Con este fin se invita a los Estados miembros a adoptar una o varias de las siguientes medidas:

- a) Reducir, siempre que se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo, la carga fiscal que grava los activos estrictamente profesionales en caso de transmisión mediante donación o sucesión, incluidos los derechos de sucesión, donación y registro.”

Esta Recomendación está disponible en <http://www.boe.es/doue/1994/385/L00014-00017.pdf> y ha sido consultada el 31 de mayo de 2017.

Es importante puntualizar que la reducción que aquí contemplamos se aplicará sobre el valor de las participaciones que queden exentas conforme a las reglas del IP. Esto es, una vez cuantificadas económicamente las participaciones (art. 16.uno de la LIP), a la parte de ese importe que corresponda al valor de los activos (bienes y derechos) afectos a una actividad económica y de titularidad de la sociedad (último párrafo del art. 4.Ocho.Dos de la LIP y art. 6 del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP), sobre cuyas participaciones se pretende emplear la reducción fiscal. Para ello, el porcentaje o parte exenta se establece teniendo en cuenta la proporción de activos necesarios para el desarrollo de la actividad, minorando el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la sociedad⁷⁹⁹.

El TS en Sentencia de 16 de julio de 2015 (FFJJ 2º y 4º) para la unificación de criterio confirma y transcribe sobre la base de resoluciones ya dictadas que “la reducción del 95 % únicamente puede afectar al valor de los bienes que sean necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, pues es precisamente el mantenimiento de esa actividad empresarial la razón de la existencia de la citada reducción (...) se pretende evitar el gravamen de la empresa familiar pero en ningún caso se pretende exonerar fiscalmente aquellos bienes de tipo patrimonial que no estuviesen afectos al desarrollo de la actividad empresarial o profesional. Y es en base a este criterio por lo que la norma remite al IP para acotar el derecho a la reducción, estableciendo que deberá aplicarse la reducción solo en la medida en que las participaciones sociales reúnan los requisitos establecidos en el art. 4.Ocho de la LIP”. Y concluye que con la aplicación del principio de proporcionalidad limitado a los activos afectos se alcanza el objetivo perseguido por el legislador que “(es) el de favorecer a los bienes y derechos que estén afectos a una actividad económica y la continuidad de dicha situación”⁸⁰⁰.

Por otro lado, la DGT sostiene en la consulta núm. 1419-01 de 9 de julio de 2001 que “aunque no resulte expresamente establecido así en la legislación reguladora de la exención, presumiblemente por ser innecesario advertirlo, el mecanismo favorecedor de la transmisión generacional de actividades económicas y participaciones implica que la reducción en la base imponible de las adquisiciones *mortis causa* e *inter vivos* se subordina a la previa y necesaria condición de que tales elementos patrimoniales estén exentos en el impuesto patrimonial y en tanto en cuanto dichos elementos gocen de la exención”. En idéntico sentido, la CV núm. V0177-09 de 30 de enero de 2009.

⁷⁹⁹ En el punto 9.2. sobre la exención de las participaciones en sociedades: requisitos, hemos advertido que lo primero es obtener el derecho a la exención de las participaciones en sociedades, siendo cuestión diferente el importe o cuantía a determinar de esa exención. A tal efecto, puede comprobarse la fórmula u operaciones a efectuar para el cálculo del importe de la exención.

⁸⁰⁰ Véase la STS de 16 de julio de 2015, para la unificación de doctrina, acerca de la reducción a calcular en el ISD sobre un determinado porcentaje del valor de las participaciones, en función de los elementos patrimoniales de la entidad que se consideren no afectos a la actividad desarrollada por la misma. Y la

Por su parte, la DGT ha sentado una serie de criterios al respecto a través de la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones previstas en los apartados 2.c) y 6 del art. 20 de la LISD, que afectan a vivienda habitual y empresa familiar⁸⁰¹. En su parte III.1.3 trata las cuestiones concernientes a la transmisión de determinadas participaciones exentas en el IP *mortis causa*⁸⁰² y, entre otras, destacamos el mantenimiento de la adquisición. En este sentido, este requisito hace referencia a “que se mantenga el valor de la misma, de tal forma que se prohíbe realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición”⁸⁰³. No obstante, añade que “no se exige que los causahabientes gocen con posterioridad a la adquisición de la exención en su correspondiente IP, requisito que sí se exige, por el contrario, en el supuesto de adquisición *inter vivos*”. *Ergo*, el requisito de permanencia de la adquisición de participaciones mediante sucesión por causa de muerte obliga a que se mantenga el valor de la misma durante diez años⁸⁰⁴.

Siguiendo con las condiciones para la práctica de la reducción fiscal, también, han de concurrir los requisitos que para la exención de participaciones en sociedades contiene la LIP y que hemos constatado en la sección 9.2 anterior, tales como que la entidad participada ha de impulsar prioritariamente una actividad económica, el

DGT en la CV núm. V0177-09 de 30 de enero de 2009, recogiendo a otras consultas del mismo Centro Directivo, concluye que “atendiendo a razones de lógica y coherencia interna del mecanismo (...) así como de justicia tributaria, el porcentaje de reducción habrá de operar sobre el importe que resulte exento del valor de los elementos de que se trate”.

⁸⁰¹ La Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, relativa a la aplicación de las reducciones previstas en los apartados 2.c) y 6 del art. 20 de la LISD, que afectan a vivienda habitual y empresa familiar, se dicta a resultas de las numerosas cuestiones suscitadas relacionadas con las transmisiones *mortis causa* y lucrativas *inter vivos* (BOE núm. 86 de 10 de abril de 1999). La citada Resolución se encuentra disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-8180, consultada el día 31 de mayo de 2017.

⁸⁰² El apartado III.1.3 considera los criterios aplicables en los supuestos de adquisición *mortis causa* de las participaciones en entidades exentas en el IP, tales como, la conciliación del distinto devengo del ISD y del IP; el período impositivo a los efectos de los rendimientos percibidos para cumplir con el requisito de las funciones de dirección ejercidas y su remuneración por el causante (o, en su caso, por el heredero); el mantenimiento de la adquisición y la prohibición determinados actos de disposición y operaciones societarias.

⁸⁰³ En similares términos, la DGT se ha pronunciado en varias CV de manera que para el cumplimiento del requisito de continuidad se precisa el mantenimiento del valor de adquisición sobre el que se practicó la reducción, lo que significa que lo que se prohíbe no es la enajenación sino la realización de actos de disposición y operaciones societarias que lo minoren de forma sustancial. Por ejemplo, la CV núm. V0370-06 de 6 de marzo de 2006 que señala que no se incumple con el requisito de permanencia si el importe de unas participaciones adquiridas por causa de muerte se reinvierte en otros distintos activos, manteniendo el valor de las mismas; la CV núm. V2328-07 de 31 de octubre de 2007; y la CV núm. V2526-15 de 1 de septiembre de 2015.

⁸⁰⁴ No obstante, la regla de mantenimiento de la adquisición para disfrutar de la reducción fiscal en las CCAA como Cantabria, Cataluña, Madrid o Galicia, por poner algún ejemplo, es de cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que el adquirente fallezca dentro de este plazo.

porcentaje mínimo de participación (5 % directo y 20 % grupo familiar) y las funciones de dirección y su remuneración por ellas. Eso sí, cuando la participación en la sociedad sea conjunta (grupo de parentesco), las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de las mismas deben cumplirse en al menos una de las personas de ese grupo familiar, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención⁸⁰⁵. En cuanto al importe de la remuneración debe constituir al menos el 50 % de la totalidad de los rendimientos de actividades económicas y del trabajo personal del causante o del familiar, si era éste último quien al tiempo de fallecer el anterior ejercía las funciones directivas. En todo caso, hay que observar los rendimientos percibidos durante el último período impositivo, que es el ejercicio dónde se produce el devengo del ISD, es decir, el período comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento⁸⁰⁶.

En otro orden de cosas, de la misma forma que en el IP, nos cuestionamos la reducción fiscal en el ISD para las participaciones en sociedades *mortis causa* si el cargo de administrador no consta como retribuido en los estatutos de la sociedad⁸⁰⁷. Como se recordará las funciones de administrador societario las distinguimos en las funciones ejecutivas o de gestión de dirección y en las no ejecutivas o de gestión social. La normativa determina como requisito el ejercicio de las funciones directivas y su remuneración por las mismas. Y el cargo de administrador, entre otros, como por

⁸⁰⁵ Consúltese la STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2008 (FJ 3º) que resuelve en ese sentido atendiendo a “la íntima conexión existente entre el derecho a la reducción en el ISD y la exención prevista en el IP para este tipo de bienes”. De manera similar, la DGT en la CV núm. V0306-08 de 13 de febrero de 2008 y en la CV núm. V1071-16 de 16 de marzo de 2016. Posteriormente, la STS de 26 de mayo de 2016 (FJ 3º) agrega y aclara que no se exige que sea titular de las participaciones la persona que ejerza las funciones de dirección, sino que es suficiente con que forme parte del grupo familiar. A raíz de la citada Sentencia, ADAME MARTÍNEZ, F. D.: “*La titularidad de participaciones sociales por la persona que ejerce funciones de dirección en grupos familiares a efectos de la reducción por transmisión de empresas en ISD (Análisis de la STS de 26 de mayo de 2016 (rec. núm. 4027/2014))*”, en Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación, núm. 401-402, Ed. Centro de Estudios Financieros, 2016, pp. 137 a 146, realiza un acertado estudio en este sentido.

⁸⁰⁶ La STS de 16 de diciembre de 2013 (FJ 5º) aborda con precisión esta cuestión afirmando que “los requisitos para exigir la reducción deberán cumplirse en el devengo”, si bien fijándose en el último período impositivo del IRPF y deduce que éste será “el ejercicio de renta que, con devengo anticipado (...) se había producido con la muerte del causante”. Y prosigue que “idéntica solución debemos dar cuando quien lleva a cabo las funciones de dirección es uno de los herederos dentro del ámbito de parentesco contemplado por la norma, pese a que para él no se produzca el devengo anticipado en su impuesto sobre la renta del ejercicio en que tiene lugar el deceso. Lo que deberá acreditarse en cada supuesto enjuiciado es que, en el momento del fallecimiento del causante y hasta ese instante, las retribuciones percibidas por el heredero por las efectivas funciones de dirección en la empresa familiar superaron el porcentaje del 50 % sobre el resto de las retribuciones integradas en su base imponible general.” El TEAC cambia su parecer y en resolución de 15 de septiembre de 2016 se acoge al mismo criterio.

⁸⁰⁷ Convenimos destacar que todo lo analizado, razonado y opinado en el punto 9.3. relativo a las participaciones en sociedades y la teoría del vínculo en el IP, puede aplicarse con total seguridad en este apartado.

ejemplo, Director de marketing o de contabilidad, se considera que comporta las funciones de dirección, si bien éstas deben desempeñarse con una efectiva intervención en las decisiones de la sociedad (art. 5.1.d) del RD 1704/1999 de Reglamento de exenciones del IP). Por consiguiente, serán las funciones ejecutivas del administrador las que incluyen a esas funciones directivas cuya remuneración, como ya hemos defendido en más de una ocasión para los diferentes impuestos tratados, no tiene por qué tener reserva estatutaria, superando la doctrina del vínculo. Precisamente, la remuneración por las funciones directivas (administrador ejecutivo) merece un régimen retributivo diferente al de las funciones por su condición de tal (administrador no ejecutivo) que, por el contrario, se deben al ordenamiento mercantil. Además, lo primordial es que tales funciones directivas impliquen una efectiva intervención en las decisiones de la empresa⁸⁰⁸. Entonces, en nuestra opinión, es totalmente posible la aplicación de la reducción fiscal en el ISD.

Reiteramos la postura del TS que, por cierto, compartimos, mediante la Sentencia de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) que subraya como la clave para la dispensa fiscal “el ejercicio de funciones de dirección con la real, eficaz y verdadera intervención en las decisiones de una empresa”. Y continua “cualquiera que sea la denominación empleada (y el vínculo que tenga el directivo con la sociedad) para calificar las funciones desempeñadas en una entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización”, existiendo documentación que acredita el ejercicio de dichas funciones y siendo irrelevante la naturaleza del vínculo o la circunstancia de que en los estatutos se recoja la gratuidad del cargo de administrador⁸⁰⁹.

Igualmente, sobre la remuneración por las funciones de gestión diaria, la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2014 (FJ 3º) reconoce primordial que “para considerar que el

⁸⁰⁸ En la misma línea de pensamiento, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 50, para quién el factor determinante es la efectiva intervención en las decisiones empresariales. También, véase el interesante art. de CAAMAÑO ANIDO, M.: “*La reducción del 95 (o del 99)...*”, ob. cit. pp. 15 a 28.

⁸⁰⁹ Compruébese la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) acerca de la reducción prevista en el ISD para las empresas familiares. Los estatutos de la sociedad disponían la gratuidad del cargo de administrador. La prueba documental despejó cualquier duda sobre el ejercicio efectivo de las funciones de dirección que además eran remuneradas. En términos similares, la resolución del TEAR de Galicia de 5 de febrero de 2014 que concluye la gratuidad del cargo de administrador como irrelevante a los efectos, ya que la administradora también ejercía labores directivas y era remunerada por ello.

administrador es esa persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, es que se acredite que percibe su remuneración por los servicios propios de la actividad de la sociedad, en este caso arrendamiento de inmuebles, y no por los servicios derivados de su pertenencia al órgano de administración”, como podría ser un contrato escrito que justifique la relación laboral y la constancia de unas nóminas con la correspondiente retención de IRPF, emitidas por la sociedad.

También, la DGT en la CV núm. V0230-14 de 30 de enero de 2014 deduce, y con razón, que se satisface el requisito del ejercicio de funciones directivas y la percepción del porcentaje de remuneraciones exigido “cuando las repetidas funciones se desempeñen de manera efectiva, con independencia de la denominación del cargo y del vínculo que exista contra la entidad, si bien esa efectiva intervención en las decisiones de la empresa a que se refiere la norma reglamentaria es cuestión fáctica”. Por lo tanto, es necesario probar esa verdadera intervención en las decisiones empresariales separado de la condición de administrador como tal. Y en la CV núm. V2969-15 de 7 de octubre de 2015 ratifica que “no es necesario, por tanto, que los estatutos sociales especifiquen cuáles son las funciones que desempeña su administrador, aunque sea lógico que así suceda. De la misma forma, tampoco la mera designación como administrador comporta, sin más, el ejercicio de funciones directivas si no existe, como dice la norma reglamentaria, una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”⁸¹⁰.

Por suerte, aludimos una vez más a la STS de 18 de enero de 2016 (FJ 5º) para la unificación de doctrina y así combatir la controversia por la gratuidad del cargo de administrador y la reducción fiscal en el ISD. De este modo, resuelve que “cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas por el sujeto en la entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización”. Y confirma que, cumplidos los requisitos legales, se aplique la reducción fiscal discutida “sin que deban excluirse los supuestos en que los estatutos societarios prevén la gratuidad de los cargos de administración de la sociedad si queda demostrada

⁸¹⁰ También, la DGT en la CV núm. V4404-16 de 14 de octubre de 2016 admite que “el ejercicio de funciones directivas en la entidad de que se trate pueda simultanearse con la llevanza de las funciones administrativas de la gestión de la actividad que desarrolla la misma”, en la figura del administrador único “que tiene contrato laboral y a jornada completa”.

la existencia de una relación laboral entre el sujeto que ejerce efectivamente funciones directivas y la sociedad”⁸¹¹.

En conclusión, abogamos por la reducción fiscal para las adquisiciones *mortis causa* de participaciones en sociedades con independencia de la gratuidad del cargo de administrador como tal y del vínculo de la relación sociedad-administrador. Las funciones directivas o de gestión diaria de empresa desempeñadas efectivamente por el administrador ejecutivo y su remuneración, a nuestro entender, no requieren de constancia estatutaria alguna para que sea posible la exención fiscal.

- **Supuesto de hecho.**

Una persona física A hereda el 60 % de las participaciones de una SL dedicada al textil que eran titularidad de la persona física B (causante) residente en Cataluña, gerente de la sociedad y remunerada por ello. Comprobemos si es aplicable la reducción del 95 % del valor que corresponda a tales participaciones en el ISD que debe liquidar A como heredero.

Previamente, observamos que la persona A es descendiente de la persona B y de esta manera podemos pasar a la práctica de este beneficio fiscal. Para la aplicación de la reducción del valor por las adquisiciones *mortis causa* de las participaciones deberán cumplirse los siguientes dos requisitos: permanencia y exención del IP, en virtud de lo dispuesto en el art. 20.2.c) de la LISD. No obstante, deberemos considerar los arts. 10 a 16 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del ISD en Cataluña.

En cuanto a la regla de permanencia está supeditada al mantenimiento del valor de las participaciones durante los cinco años (en Cataluña) siguientes al fallecimiento de la persona B. Y con respecto a las condiciones de exención del IP (art. 4.Ocho.Dos de la LIP), la SL participada desarrolla una actividad económica (textil), la persona B ostentaba un porcentaje de participación superior al 5% del capital de la SL (60 %) y ejercía efectivamente funciones de dirección (gerente) en la SL y remuneración por ellas que representaban más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo personal y de

⁸¹¹ La STS de 18 de enero de 2016 (FJ 5º) falla en base a la doctrina sentada por la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) y que viene a ser coincidente con el criterio de la DGT, entre otras, la CV núm. V1335-13 de 19 de abril de 2013; la CV núm. V0230-14 de 30 de enero de 2014; y la CV núm. V1155-14 de 28 de abril de 2014.

actividades económicas en el último período impositivo, que es el ejercicio de renta que se produce con el fallecimiento.

Ahora bien obtenido el derecho a la exención, la reducción del 95 % se aplicará sobre el valor de las participaciones en la SL que queden exentas de acuerdo a las reglas del IP. Esto es, por la parte que corresponda en razón de la proporción existe entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la SL.

Por último, no se exige que la persona A goce, con posterioridad a la adquisición, de la exención en su correspondiente IP. En definitiva, aplicaremos la reducción fiscal.

10.3.- La reducción de participaciones en sociedades en donaciones.

En este caso, una persona física puede recibir en donación las participaciones en sociedades que son de titularidad de un donante y, consecuentemente, deberá tributar en el ISD por el valor de aquellas. La donación de estas participaciones en sociedades disfruta de una dispensa fiscal de su valor, restando su gravamen, aunque han de concurrir una serie de condiciones y requisitos que a continuación examinaremos.

En efecto, las transmisiones *inter vivos* de participaciones en sociedades, a las que sea de aplicación la exención en el IP (art. 4.Ocho.Dos de la LIP)⁸¹², gozará de una reducción del 95 % de su valor de adquisición (base imponible) para así determinar su base liquidable, cuando se realice a favor del cónyuge, de descendientes o adoptados, siempre que confluyan las condiciones siguientes⁸¹³:

⁸¹² Compruébese el apartado 9.2. referente a la exención de las participaciones en sociedades: requisitos.

⁸¹³ El art. 20.6 de la LISD regula los casos de transmisiones de participaciones *inter vivos* de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante. En el caso de no cumplirse los requisitos deberá pagarse la parte del ISD que se hubiera dejado de ingresar por la reducción practicada y los intereses de demora.

Las CCAA tienen competencias para estipular en su territorio reducciones en la base imponible del ISD en las adquisiciones *inter vivos* (donaciones). Entre otras, Aragón en el art. 132-1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos; Baleares en los arts. 40 a 44 del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado; Cataluña en los arts. 41 a 49 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de

- Que el donante tenga 65 o más años, o hallarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez;
- Que, si el donante venía ejerciendo funciones de dirección, ha de dejar de desarrollarlas y de percibir remuneraciones por estas funciones desde el momento de la transmisión;
- Que el donatario debe mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el IP durante los diez años siguientes, salvo que falleciera dentro de ese plazo.

La regla de mantenimiento exige también que el donatario no pueda realizar actos de disposición y operaciones societarias que supongan una disminución sustancial del valor de la adquisición. Criticamos que la norma del tributo no precise que se entiende por minoración sustancial y como apunta la DGT habrá que atenerse a la casuística de cada momento⁸¹⁴.

Como ya hemos advertido en el apartado anterior sobre las adquisiciones *mortis causa*, la normativa del ISD tiene una vinculación muy estrecha con la del IP y, también, en las transmisiones de participaciones *inter vivos* la reducción de la base imponible estará supeditada previamente a las condiciones de exención en el IP. A nuestro juicio, apreciamos la importancia de favorecer fiscalmente la transmisión empresarial en las sucesiones y donaciones, para que persista la continuidad de la

regulación del ISD; y Galicia el art. 8.cuatro del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

Adicionalmente, la DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, sienta una serie de criterios en base a las resoluciones sobre cuestiones planteadas. En el apartado III.2 se ocupa de las transmisiones lucrativas *inter vivos* en aspectos como: los requisitos exigidos al donante, el mantenimiento de la adquisición, la conciliación del devengo del ISD y del IP y la magnitud sobre la que se debe aplicar la reducción. La mencionada Resolución se encuentra disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-8180, consultada el día 31 de mayo de 2017.

⁸¹⁴ En virtud de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del art. 20.6 de la LISD de la prohibición de “actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición”, la DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD, dictaminó esta valoración en su epígrafe III.1.3.f). También, en la CV núm. V2465-07 de 16 de noviembre de 2007 deduce que “a falta de definición en la propia Ley, ha de acudirse a su sentido usual conforme al art. 12.2 de la LGT, por lo que (...) ha de interpretarse como una reducción importante de dicho valor”. Y añade que “se trata de una cuestión de apreciación puntual que, con independencia de minoraciones porcentuales del valor que, por su entidad, no plantearían duda, deberá considerar las circunstancias que concurren en la entidad de que se trate”. Igualmente, en la CV núm. V0817-12 de 18 de abril de 2012 y en la CV núm. V2526-15 de 1 de septiembre de 2015.

actividad económica y reducir la carga tributaria sobre los bienes productivos, por eso constatamos acertadas las condiciones y requisitos legales para favorecerlo, tanto a nivel estatal como autonómico⁸¹⁵. En síntesis, recordemos que gozarán de exención las participaciones en sociedades titularidad de la persona física sujeta al IP (y donante en este caso) cuando la entidad participada desarrolle principalmente una actividad económica, ostente un porcentaje de participación del 5% (20 % en grupo familiar) del capital de la sociedad y ejerza efectivamente funciones de dirección (o una de las personas del grupo familiar) y remuneración por ellas que represente más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas⁸¹⁶.

Ahora bien, la reducción por transmisión *inter vivos* de participaciones en sociedades se aplicará sobre el valor de las mismas que queden exentas conforme a las reglas del IP. Hay que tener presente que la exención en el IP se limita a la proporción que los activos necesarios para el desarrollo de la actividad, minorados por las deudas, representan respecto del valor del patrimonio neto de la sociedad⁸¹⁷. A tal fin, convenimos traer a colación la STS de 16 de julio de 2015 (FJ 2º) para la unificación de criterio que corrobora para las sucesiones y, entendemos, extensible a las donaciones que “la reducción del 95 % únicamente puede afectar al valor de los bienes que sean necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, pues es precisamente el mantenimiento de esa actividad empresarial la razón de la existencia de la citada reducción (...) se pretende evitar el gravamen de la empresa familiar pero en ningún caso se pretende exonerar fiscalmente aquellos bienes de tipo patrimonial que no estuviesen afectos al desarrollo de la actividad empresarial o profesional. Y es en base a este criterio por lo que la norma remite al IP para acotar el derecho a la reducción,

⁸¹⁵ En este sentido, la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 385/14 de 31 de diciembre de 1994), en su art. 6, aconseja que “es conveniente garantizar la supervivencia de la empresa mediante un trato fiscal adecuado de la sucesión y la donación”, disponible en <http://www.boe.es/doue/1994/385/L00014-00017.pdf> y ha sido consultada el 31 de mayo de 2017.

En términos similares, reiteramos la resolución de la DGT que confirma en la consulta núm. 1419-01 de 9 de julio de 2001 que “aunque no resulte expresamente establecido así en la legislación reguladora de la exención, presumiblemente por ser innecesario advertirlo, el mecanismo favorecedor de la transmisión generacional de actividades económicas y participaciones implica que la reducción en la base imponible de las adquisiciones *mortis causa* e *inter vivos* se subordina a la previa y necesaria condición de que tales elementos patrimoniales estén exentos en el impuesto patrimonial y en tanto en cuanto dichos elementos gocen de la exención”.

⁸¹⁶ Para un análisis más detallado puede remitirse a la sección 9.2. relativo a la exención de las participaciones en sociedades: requisitos, en el IP.

⁸¹⁷ Véase el apartado punto 9.2. sobre la exención de las participaciones en sociedades: requisitos, y, en concreto, la explicación sobre el cálculo de la cuantía exenta en el IP. De la misma forma que en el punto anterior 10.2. se ha subrayado para las reducciones fiscales de participaciones en sociedades en herencias.

estableciendo que deberá aplicarse la reducción solo en la medida en que las participaciones sociales reúnan los requisitos establecidos en el art. 4.Ocho de la LIP⁸¹⁸. Por lo tanto, la regla de proporcionalidad prevista en la normativa del IP conforme a la cual la exención se ajusta sobre la parte del valor de las participaciones concerniente a los bienes afectos al ejercicio de la actividad económica, es trasladable a las donaciones de participaciones en sociedades.

La DGT se pronuncia al respecto en la CV núm. V2017-15 de 29 de junio de 2015 y confirma que “la exención en el impuesto patrimonial será proporcional al nivel de afectación” a la actividad económica realizada y así, objetivamente, sería aplicable la reducción que para el ISD prevé el art. 20.6 de la LISD⁸¹⁹. En definitiva, la utilización de la reducción en las donaciones de participaciones en sociedades requiere, como condición *sine qua non*, la previa exención en el IP de las participaciones que pretendan donarse.

De cuánto antecede podemos concluir que el valor de las donaciones de participaciones en sociedades se reducirá fiscalmente por la parte que corresponda a los activos afectos para el ejercicio de la actividad económica, en cumplimiento de los requisitos para la exención del IP. Además, el donante ha de satisfacer las condiciones del art. 20.6 de la LISD (*supra* indicadas) y el donatario debe mantener en su patrimonio y exentos del IP (las reglas del art. 4.Ocho.Dos de la LIP) los elementos donados durante los años de permanencia establecidos en la norma estatal o en la correspondiente autonómica.

Para delimitar las reglas de porcentaje familiar de control y determinado nivel de rentas, la DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD, en materia de vivienda habitual y empresa familiar señala que “el requisito del porcentaje familiar de control debe cumplirse en el momento del devengo del ISD. No obstante, dado que en los supuestos de donación no

⁸¹⁸ La STS de 16 de julio de 2015 (FFJJ 1º, 2º y 4º) resuelve la cuestión controvertida en la interpretación del art. 20.2.c) de la LISD para determinar la base liquidable y si el importe de la reducción en el ISD se debe calcular sobre el valor total de las participaciones o, por contra, sobre un determinado porcentaje del valor de las mismas, en función de los elementos patrimoniales de la sociedad no afectos a la actividad desarrollada.

⁸¹⁹ Véase la DGT en la CV núm. V2017-15 de 29 de junio de 2015 relativa a la donación de participaciones en entidad mercantil. Interesante consulta que analiza la vinculación del ISD y del IP en lo que respecta a la práctica de la reducción fiscal.

se interrumpe el período impositivo, a efectos del IRPF, para el cómputo de las rentas, habría que atender al último período impositivo anterior a la donación”⁸²⁰.

Llegados a este punto, nos preguntamos por los efectos de la doctrina del vínculo en las donaciones y se plantea la duda sobre la aplicación de la reducción fiscal en el caso de que el cargo de administrador conste como gratuito en los estatutos de la sociedad. No olvidemos que la normativa del IP (y a la que se supedita la del ISD) ordena como requisito el ejercicio de las funciones directivas y su remuneración por las mismas. Pues bien, a nuestro juicio, al igual que hemos afirmado en las sucesiones, la doctrina del vínculo ha sido rebasada⁸²¹. Las funciones de dirección se engloban en las funciones ejecutivas del administrador en forma de gestión diaria y efectiva de la empresa (administrador ejecutivo), cuyas remuneraciones no tienen reserva estatutaria por la separación de funciones que proponemos. La gratuidad o no del cargo por su condición de tal sólo atiende a las funciones no ejecutivas (gestión de sociedad) del administrador que cumplirá con el ordenamiento mercantil. Aunque, reiteramos que lo fundamental para las funciones directivas y su remuneración, a los efectos de la reducción fiscal en el ISD (y exención en el IP), supone la efectiva intervención en las decisiones de la sociedad. Esto es, la obligación que se remuneren las funciones relativas a la efectiva dirección de empresa.

En virtud de ello, evocamos de nuevo a la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) que ratifica con total acierto como la mera pertenencia al órgano de administración no se comprende como función de dirección, sino que “lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización”, con independencia de la

⁸²⁰ En el apartado III.2.1.e) de la citada Resolución se dispone la conciliación del distinto devengo del ISD y el IP. Igualmente en la CV núm. V1072-13 de 3 de abril de 2013 se plantea el ejercicio en el que se computan las remuneraciones obtenidas a efectos de la exención del IP y reducción del ISD. Así, respecto al cómputo de las rentas habría que tomar en consideración las obtenidas en el último período impositivo en el IRPF anterior a la donación, es decir, el año natural anterior a aquel en el que se ha producido la donación, dado que ésta no interrumpe el período impositivo en el IRPF, tal y como sucede con el fallecimiento.

Asimismo, la STSJ de Madrid (FJ 4º) interpreta, y con razón, que “la norma sólo exige el ejercicio de las funciones y la determinación de un porcentaje de retribuciones y como único punto de partida para efectuar la comprobación la fecha de devengo que legalmente, art. 24.2 de la LISD, viene establecida en el día que se cause o celebre el acto o contrato”.

⁸²¹ En el mismo sentido, toda la argumentación vertida en los apartados 9.3. sobre las participaciones en sociedades y la teoría del vínculo, en el IP, y 10.2. acerca de la reducción de participaciones en sociedades en herencias, puede utilizarse para las consecuencias de la doctrina del vínculo en las donaciones.

denominación empleada para calificarlas, en consecuencia esto implica analizar cada caso concreto⁸²².

De igual manera, traemos a colación las resoluciones de la DGT sobre la aplicabilidad de la reducción en las donaciones de participaciones en sociedades y la separación de funciones ejecutivas (o directivas) de las propias del cargo de administrador como tal y sus regímenes retributivos⁸²³. Así, en la CV núm. V0230-14 de 30 de enero de 2014 asegura que “si concurren los requisitos materiales necesarios para el disfrute de la bonificación fiscal, en este caso, el ejercicio de funciones gerenciales y de gestión, es decir directivas y la percepción del porcentaje de remuneraciones exigido legalmente es irrelevante a tal efecto el modo en que se hagan efectivas”. Por lo que, demostrado el desempeño efectivo y decisorio de tales funciones y su montante económico, no debe importar la denominación del cargo y el vínculo que exista en la relación con la sociedad. Y en la CV núm. V2969-15 de 7 de octubre de 2015 corrobora que “no es necesario, por tanto, que los estatutos sociales especifiquen cuáles son las funciones que desempeña su administrador, aunque sea lógico que así suceda. De la misma forma, tampoco la mera designación como administrador comporta, sin más, el ejercicio de funciones directivas si no existe, como dice la norma reglamentaria, una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”.

Finalmente, la STS de 18 de enero de 2016 (FJ 5º) para la unificación de doctrina mantiene, a nuestro parecer con acierto, que “cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas por el sujeto en la entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización”. Y razona que “sin que deban excluirse los supuestos en que los estatutos societarios prevén la gratuidad de los cargos de administración de la sociedad si queda demostrada la existencia de una relación laboral entre el sujeto que ejerce efectivamente funciones directivas y la sociedad”.

⁸²² Consúltese la STS de 31 de marzo de 2014 (FJ 3º) relativa a la reducción prevista en el ISD para las empresas familiares y participaciones sociales, cuando por el cargo de administrador no percibía remuneración alguna por así decirlo los estatutos sociales y, en cambio, era remunerado por su condición de encargado y gerente de la sociedad. Asimismo, la STSJ La Rioja de 21 de mayo de 2010 (FJ 5º) y la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2014 (FJ 3º).

⁸²³ Véase, entre otras, la CV núm. V1848-09 de 6 de agosto de 2009; la CV núm. V2372-10 de 2 de noviembre de 2010; la CV núm. V1335-13 de 19 de abril de 2013; la CV núm. V1155-14 de 28 de abril de 2014; y la CV núm. V4404-16 de 14 de octubre de 2016.

Ergo, entendemos que las reducciones en las donaciones de participaciones en sociedades se aplicarán siempre que, demostrado el ejercicio efectivo de funciones directivas, el administrador ejecutivo perciba una remuneración específica por las mismas en el porcentaje establecido en la normativa del IP y al margen de su condición de administrador como tal (funciones no ejecutivas o de gestión social).

- **Supuesto de hecho.**

Una persona física A, de 61 años de edad, transmite (donante) el 40 % de las acciones de una SA (no cotizadas) dedicada a la compra venta de vehículos de motor, a una persona física B (donatario) residente en Baleares. Además, A es gerente de la sociedad y remunerada por ello. Comprobemos si es aplicable la reducción del 95 % del valor que corresponda a tales acciones en el ISD que debe liquidar B como adquirente.

Suponemos que las personas A y B son cónyuges, entonces nos planteamos la posible reducción fiscal del valor por la transmisión *inter vivos* (entre cónyuges) de las acciones de la SA. Para ello se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: la exención del IP, la edad del donante, las funciones de dirección y la permanencia; de conformidad con lo establecido en el art. 20.6 de la LISD, si bien atenderemos a lo determinado en los arts. 40 a 44 del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado.

Con carácter previo, las acciones de la SA que se transmiten deben estar exentas del IP (art. 4.Ocho.Dos de la LIP) en el momento del devengo del ISD (el día en que se cause o celebre el acto o contrato). Así, la SA desarrolla una actividad económica (compra venta de vehículos de motor), la persona A ostenta un porcentaje de acciones superior al 5% del capital de la SA (40 %) y ejerce efectivamente funciones de dirección (gerente) en la SA y remuneración por ellas que representan más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo personal y de actividades económicas en el último período impositivo, es decir, el año natural anterior a aquel en el que se ha producido la donación.

Pues bien obtenido el derecho a la exención, la reducción del 95 % se aplicará sobre el valor de las acciones de la SA que queden exentas de acuerdo a las reglas del IP. Esto es, por la parte que corresponda en razón de la proporción existe entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la SA.

Además, la persona A es mayor de 60 años (en Baleares) y dejará de ejercer las funciones de dirección y de percibir remuneraciones por ese motivo. La persona B se obliga a mantener el valor de lo adquirido y el derecho a la exención en el IP durante cinco años (en Baleares) a contar desde la escritura pública de donación. En conclusión, aplicaremos la reducción fiscal.

11.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO FISCAL DEL IVA.

Cuando se adquiere un producto o se contrata la prestación de un servicio se añade una cantidad económica al valor de adquisición en concepto de IVA. En general, los consumidores son los que deberán pagar este impuesto y los vendedores de productos y de servicios lo cobrarán e ingresarán a la AEAT. Así, los empresarios y profesionales que realicen una operación sujeta al IVA lo repercutirán y cumplirán con las obligaciones formales del mismo (como por ejemplo, la liquidación del impuesto y la emisión de una factura). Mientras que los destinatarios de los productos y servicios lo soportarán y abonarán al empresario o profesional.

Conviene aclarar que sólo están sujetas al IVA las operaciones realizadas mediante contraprestación económica o en especie (onerosa). Dicho de otra manera, la sujeción al IVA exige una relación jurídica entre las partes por la que hayan convenido una transacción: el bien entregado o el servicio prestado y la contraprestación recibida⁸²⁴.

En este último Capítulo, nos ocupamos de la sujeción o no al IVA de las remuneraciones percibidas por los administradores de la sociedad. Como se recordará el administrador desarrolla las funciones propias del cargo y presta otros servicios a la sociedad al margen de la condición de administrador, cuyas remuneraciones, dada la influencia de la teoría del vínculo (la relación mercantil que absorbe la relación laboral de alta dirección), pueden quedar sometidas a la tributación del IVA.

⁸²⁴ En este sentido, véase la STJCE de 21 de marzo de 2002 (asunto núm. C-174/00) referente a la relación directa entre los servicios prestados y las cantidades cobradas en concepto de cuotas. A este respecto, señala, con cita a otras sentencias, que “la base imponible de una prestación de servicios está constituida por todo lo que se recibe como contrapartida por el servicio facilitado y una prestación de servicios sólo es imponible si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida”.

A mayor abundamiento, sobre el tratamiento del IVA, léase el art. de BILBAO ESTRADA, I. Y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “IVA y derechos de emisión: especial referencia a su utilización como instrumento de fraude”, en revista Crónica Tributaria, núm. 136, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, pp. 37 a 84. Igualmente, obsérvese el art. de RIVAS NIETO, E.: “El IVA devengado exclusivamente por estar mencionado en la factura (Comentario a la STJCE de 18 de junio de 2009)”, en revista Noticias de la UE, núm. 314, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, marzo 2011, pp. 125 a 131.

11.1.- Consideraciones generales.

El IVA es un tributo de naturaleza indirecta que grava el consumo de bienes y servicios producidos o comercializados en el desarrollo de actividades empresariales o profesionales⁸²⁵. Están sujetas al IVA las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas en el territorio español⁸²⁶ por empresarios o profesionales a título oneroso (mediante contraprestación, en dinero o en especie), en el desarrollo de sus actividades empresariales o profesionales⁸²⁷. De conformidad con el art. 5.dos de la LIVA, son actividades empresariales o profesionales “las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”⁸²⁸. Queda

⁸²⁵ La regulación básica del IVA se encuentra en la LIVA (que derogó la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del IVA, primera Ley) y en el RIVA y, además, en el ámbito comunitario, al ser un impuesto armonizado en la UE, la norma elemental es la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA (conocida como Directiva IVA), que refunde y deroga la Sexta Directiva del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del IVA; base imponible uniforme (Directiva 77/388/CEE). La citada Directiva IVA, a su vez, ha sido modificada por otras, entre las que destacamos, la Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, sobre el lugar de la prestación de servicios; la Directiva 2010/23/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, en lo que respecta a la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas prestaciones de servicios susceptibles de fraude; la Directiva 2010/45/UE del Consejo, de 13 de julio de 2010, que modifica las normas en materia de facturación; y la Directiva 2013/43/UE del Consejo, de 22 de julio de 2013, sobre la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas prestaciones de servicios susceptibles de fraude. La Directiva IVA se encuentra disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2006-82505 y ha sido consultada el 31 de mayo de 2017.

En relación con esto, destacamos el notable art. de MARCOS GÓMEZ, F.: “*Análisis de 25 años de funcionamiento del IVA*”, en revista eXtoikos, núm. 3, Ed. Instituto Econospérides, Málaga, 2011, pp. 57 a 64. El autor ofrece una visión en el tiempo de la aplicación del IVA en España, sus características, sus tipos impositivos y sus principales cambios normativos.

Para un estudio más profundo del IVA se recomienda cotejar a CALVO VÉRGEZ, J., FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GARCÍA CALVENTE, Y., GARCÍA LUIS, T., MANZANO SILVA, E. Y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: “IVA”, en MERINO JARA, I. (Director): *Derecho Tributario. Parte Especial*, 5ª ed., Ed. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2016, pp. 485 a 526 (lección 12 operaciones interiores I); pp. 527 a 567 (lección 13 operaciones interiores II); y pp. 569 a 603 (lección 14 operaciones internacionales). También, véase a MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 27ª ed, Ed. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2016, pp. 790 a 808.

⁸²⁶ El ámbito espacial de aplicación del IVA viene recogido en los arts. 5, 6 y 7 de la Directiva IVA y en el art. 3 de la LIVA, sobre la territorialidad.

⁸²⁷ El art. 2 de la Directiva IVA y el art. 4 de la LIVA establecen el hecho imponible del IVA. También, son operaciones sujetas al IVA las adquisiciones intracomunitarias y las importaciones. Por otra parte, los arts. 7 y 20 de la LIVA estipulan, respectivamente, las operaciones no sujetas y las exenciones.

⁸²⁸ El concepto de empresario o profesional y la definición de actividad empresarial o profesional viene determinado en los arts. 9 a 13 de la Directiva IVA y en el art. 5 de la LIVA. En particular, se consideran actividades empresariales o profesionales las siguientes: las extractivas, las industriales, las comerciales, los servicios, las agrarias y las actividades liberales y artísticas.

Sobre el concepto de empresario y profesional en el IVA, recomendamos el original art. de CHECA GONZÁLEZ, C.: “*Nociones de empresario y profesional, y de actividad económica, a los fines del IVA*”,

claro que la independencia en su ejercicio (asunción del riesgo y ventura de los resultados) y la finalidad mencionada son fundamentales en la calificación de las actividades económicas.

Como regla general, las personas (físicas o jurídicas) que tengan la condición de empresario o profesional y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al IVA serán sujetos pasivos del impuesto⁸²⁹. Además, estarán obligados al pago del mismo y al cumplimiento de las obligaciones formales (como la facturación y el registro contable).

La normativa comunitaria define el devengo del IVA como “el hecho mediante el cual quedan cumplidas las condiciones legales precisas para la exigibilidad del impuesto” (art. 62 de la Directiva IVA). De la misma manera, el art. 21 de la LGT decreta que el devengo es “el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal”. Y la fecha del devengo “determina las circunstancias relevantes (base imponible y tipo impositivo) para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa”. Pudiendo establecer la ley de cada tributo “la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar (...) en un momento distinto al del devengo del tributo”⁸³⁰.

Por último, la base imponible del IVA será el valor económico del hecho imponible sobre el que se aplicará el tipo impositivo para así calcular la cuota a ingresar⁸³¹. La

en Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 29, Ed. Universidad de Extremadura, 2011, pp. 17 a 49. De manera similar, CALVO VÉRGEZ, J., FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GARCÍA CALVENTE, Y., GARCÍA LUIS, T., MANZANO SILVA, E. Y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: “IVA”, en MERINO JARA, I. (Director): *Derecho...*, ob. cit., p. 517, delimitan el concepto de empresario o profesional a efectos del IVA.

⁸²⁹ El sujeto pasivo del IVA se instaura en los arts. 9 a 13 de la Directiva IVA y en el art. 84 de la LIVA. Por excepción a la regla general, se aplicará la inversión del sujeto pasivo (regla especial) cuando las operaciones sujetas se realicen por personas no establecidas en el territorio del IVA (por ejemplo, un establecimiento permanente en otro país de la UE) y como mecanismo antifraude (tales como, las ejecuciones de obra inmobiliaria). El sujeto pasivo no es quien realiza las operaciones sujetas sino el destinatario de las mismas, siempre que éste tenga la condición de empresario o profesional.

⁸³⁰ El devengo del impuesto lo decretan los arts. 62 y 63 de la Directiva IVA y el art. 75 de la LIVA; como regla general, el devengo se produce “cuando tenga lugar su puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable” para las entregas de bienes y “cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas” para las prestaciones de servicios.

⁸³¹ La regulación de la base imponible del IVA está contenida en los arts. 73, 78 y 79 de la Directiva IVA y en el art. 78 de la LIVA. Por otro lado, los tipos impositivos se estructuran en los arts. 90 y 91 de la LIVA, para el general y los reducidos, respectivamente.

liquidación del IVA se conforma mediante el sistema de autoliquidación de declaraciones periódicas (y no periódicas)⁸³².

A modo de ejemplo, la compra de un vehículo y la prestación de un servicio por parte de un arquitecto estarán sujetas al IVA. En cambio, la remuneración recibida por una persona física producto de una relación laboral (nómina) no está sometida al IVA y los servicios prestados por un médico estarán sujetos pero exentos del IVA.

Una de las características diferencial del IVA es el sistema de deducciones al que acuden los sujetos pasivos del impuesto. Los empresarios y profesionales devengarán el impuesto al valor económico de los bienes y servicios en sus facturas emitidas (IVA repercutido), deduciendo del mismo el impuesto pagado (IVA soportado) en el coste de los elementos de dichos bienes o servicios (por ejemplo, materias primas, maquinaria o servicios relacionados), ingresando la diferencia a la AEAT⁸³³.

El derecho a la deducción queda condicionado a que los bienes y servicios adquiridos estén afectos a la actividad y se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial y profesional, aunque en la medida en que se empleen en la realización de operaciones que originen ese derecho a la deducción. Como regla general, únicamente generan el derecho a la deducción las operaciones sujetas y no exentas del IVA⁸³⁴. No cabe pues la deducción del IVA soportado por bienes y servicios que se utilicen para fines ajenos a la actividad económica.

Por otra parte, CALVO VÉRGEZ, J., FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GARCÍA CALVENTE, Y., GARCÍA LUIS, T., MANZANO SILVA, E. Y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: "IVA", en MERINO JARA, I. (Director): *Derecho...*, ob. cit., pp. 528 y 529, recapitulan en un cuadro resumen los tipos de gravamen en el IVA.

⁸³² Los arts. 164 y 167 de la LIVA ordenan las obligaciones de los sujetos pasivos, el primero, y la liquidación del impuesto, el segundo. Asimismo, el art. 71 del RIVA sobre la liquidación del impuesto y la correspondiente OM que así se determine.

⁸³³ El ámbito de aplicación de las deducciones está regulada en los arts. 168, 169 y 176 de la Directiva IVA y en los arts. 92 a 100 de la LIVA. La jurisprudencia comunitaria ha declarado de manera reiterada que el mecanismo de las deducciones exige una relación directa entre la operación por la que se soporta el IVA y una operación gravada por la que se repercute el Impuesto, entre otras, consúltese la STJUE de 21 de febrero de 2013 (asunto núm. C-104/12). Sin embargo, si no existe una relación directa con una operación determinada, también será deducible la cuota soportada si está relacionada con los gastos generales de la actividad económica, por ejemplo, véase la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto núm. C-124/12); igualmente la STJUE de 22 de octubre de 2015 (asunto núm. C-126/14).

Por otro lado, MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C. Y POVEDA BLANCO, F.: *Derecho Tributario*, ed. 20ª, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 547, sintetizan en su cuadro 17 el cálculo de la deuda tributaria, esto es, IVA devengado – IVA soportado = Resultado a ingresar/negativo/cero.

⁸³⁴ El ejercicio del derecho a la deducción, detallando la cuantía y los requisitos, queda determinado en los arts. 168bis y 178 a 183 de la Directiva IVA y en los arts. 94 a 99 de la LIVA.

En lo concerniente a nuestro trabajo de investigación, la remuneración percibida por los administradores societarios es una contraprestación a los servicios realizados por aquel para la sociedad. La condición de administrador posibilita que se remunere, por un lado, derivado de las obligaciones del cargo (funciones no ejecutivas) y, por otro lado, relacionado con la delegación de facultades (funciones ejecutivas). Y añadimos también por otros servicios al margen de tal condición, como es el caso de un asesoramiento profesional como abogado. Ahora bien, la naturaleza laboral o mercantil de la relación jurídica sociedad-administrador y la influencia de la teoría del vínculo nos sugiere cierta incertidumbre sobre la sujeción o no al IVA de esas remuneraciones⁸³⁵. En el apartado siguiente vamos a comprobarlo.

11.2.- La sujeción al IVA de las prestaciones de servicios desempeñadas por el administrador.

Para determinar la tributación en el IVA de las prestaciones de servicios realizados por los administradores societarios, lógicamente, debemos acudir a la normativa de este impuesto. Con carácter previo, recordemos que el administrador puede desempeñar diversas prestaciones de servicios a la sociedad⁸³⁶, si bien nos ocuparemos de las que vienen originadas por las funciones de administrador (no ejecutivas y ejecutivas) y las ajenas a tal condición (actividades económicas: profesionales o empresariales). Además, la afectación de la teoría del vínculo mediante el predominio de la relación mercantil del administrador con la sociedad sobre la laboral siembra la duda al respecto.

Pues bien, el art. 4.º uno de la LIVA establece la sujeción al IVA de “las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen”. De un modo general, apreciamos que si una de las partes (o las dos) en la prestación de servicios tiene la condición de empresario o profesional aquellos estarán sujetos al IVA.

⁸³⁵ Recuérdese el punto 5.5.1 acerca de la naturaleza de la relación y, en concreto, el esquema 1 que proponemos.

⁸³⁶ Véase el apartado 8.1.2 referente a la calificación de la remuneración de los administradores y la tabla 2 de las calificaciones de las remuneraciones en la relación jurídica sociedad-administrador.

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LIVA se reputarán empresarios o profesionales “las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales” que “impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”. Asimismo, el art. 84.uno de la LIVA considera sujetos pasivos del impuesto a “las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al impuesto”.

Finalmente, no estarán sujetas al IVA “los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia derivado de relaciones administrativas o laborales, incluidas en estas últimas las de carácter especial” (art. 7.5º de la LIVA).

En base a los preceptos citados, podemos afirmar que el administrador que presta sus servicios a la sociedad ejerciendo las funciones de dirección (ejecutivas) no es sujeto pasivo del impuesto, los servicios prestados se deducen como operaciones no sujetas y, por tanto, no llevarán IVA⁸³⁷. Sin embargo, la incursión de la teoría del vínculo en el orden fiscal⁸³⁸ de manera que en la relación administrador-sociedad el carácter mercantil de la misma prevalece sobre el laboral, suscita la posibilidad de considerar la prestación de servicios a la sociedad como una actividad económica (dada la naturaleza mercantil de esa relación) y gravada o no por el IVA.

En relación con ello, MARÍN BENÍTEZ estima que “las prestaciones de servicios derivadas de una relación laboral o funcionarial no están sujetas a IVA, no porque el art. 7.5º de la LIVA exista, sino porque no son realizadas por personas que reúnan las condiciones para poder ser consideradas como empresarios o profesionales a efectos del Impuesto”. Y continúa que, la finalidad del IVA, lo que exige es “una ordenación por cuenta propia de medios materiales y personales que se traduce en asunción de riesgo empresarial o profesional y que excluye necesariamente las notas de ajenidad y

⁸³⁷ En la misma línea de pensamiento, LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. p. 124.

⁸³⁸ Recuérdese las SSTs de 13 de noviembre de 2008 (FFJJ 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 9º, 10º y 11º), caso Mahou, que debaten la compatibilidad de la condición de miembro de los órganos de administración de la sociedad y la de personal de alta dirección.

dependencia presentes en las relaciones laborales o funcionariales”⁸³⁹. Tal opinión la compartimos totalmente y coincidimos que el administrador ejecutivo en su relación con la sociedad contiene esas notas características laborales de dependencia (sujeción a los órganos de gobierno y administración societarios por las facultades delegadas) y ajenidad (régimen de remuneración específico y sin control efectivo de la sociedad)⁸⁴⁰. *Ergo*, los servicios prestados por los administradores (y retribuidos por la sociedad) para desarrollar las funciones ejecutivas no repercuten IVA.

En cuanto a las prestaciones de servicios para el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador como tal (funciones no ejecutivas) podemos confirmar, de igual manera, como no gravadas por el IVA, dado que no se actúa bajo la cualidad empresario o profesional, a efectos de este impuesto.

Por el contrario, otras prestaciones de servicios (asesoramiento profesional o actividad empresarial) llevadas a cabo por el administrador distintas a las realizadas por las funciones del cargo estarán sujetas al IVA, aunque es aconsejable analizar cada caso concreto. Así, de conformidad con los arts. 4.uno y 5 de la LIVA, se comprobará la naturaleza empresarial o profesional de los servicios (hecho imponible) y los requisitos para conceptuarlo como empresario o profesional, respectivamente. Además, el art. 11.dos.1º de la LIVA considera como prestación de servicios “el ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio”. Por consiguiente, los servicios prestados por una persona física por cuenta propia se someterán al IVA y, en cambio, no lo estarán por cuenta ajena (art. 7.5º de la LIVA).

No obstante, el IVA es un tributo armonizado a nivel europeo, por eso debemos acudir al Derecho comunitario para seguir examinando la sujeción al IVA de las prestaciones de servicios desempeñadas por el administrador. En este sentido, el art. 9.1 de la Directiva IVA⁸⁴¹ determina que “serán considerados sujetos pasivos quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna

⁸³⁹ MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:....*”, ob. cit. p. 39, se plantea si las remuneraciones de los consejeros ejecutivos deben quedar sujetas o no a IVA.

⁸⁴⁰ Compruébese el apartado 5.5.2. sobre la compatibilidad de la relación laboral (común o de alta dirección) con las funciones inherentes al cargo de administrador o relación mercantil.

⁸⁴¹ Recordemos que en el ámbito comunitario, la norma elemental es la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA (conocida como Directiva IVA).

actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad”. Y el art. 10 de la Directiva IVA añade que “la condición de que la actividad económica se realice con carácter independiente (...) excluye del gravamen a los asalariados y a otras personas en la medida en que estén vinculadas a su empresario por un contrato de trabajo o por cualquier otra relación jurídica que cree lazos de subordinación en lo que concierne a las condiciones laborales y retributivas y a la responsabilidad del empresario”. En consecuencia, la clave está en ese carácter independiente en la realización de la actividad económica⁸⁴².

En virtud de ello, el TJCE en su Sentencia de 25 de julio de 1991 (asunto núm. C-202/90) confirma el carácter independiente de la actividad realizada al no existir vínculos de subordinación en las condiciones laborales (se organizan los factores de producción de modo autónomo), ni en las retributivas porque “soportan el riesgo económico de su actividad”⁸⁴³. Así pues, las prestaciones de servicios desarrollados sin relaciones de dependencia y soportando el riesgo económico de la actividad estarán sujetas al IVA. Asimismo, en la STJCE de 18 de octubre de 2007 (asunto núm. C-355/06) admite la relación de subordinación entre la sociedad y el administrador (además de socio y trabajador único) y considera que “si bien la actividad (...) de la sociedad era realizada tan sólo por el (administrador y trabajador), los contratos (...) eran celebrados por la sociedad, la cual abonaba al interesado un sueldo mensual y (...) retenía de su sueldo el impuesto sobre la renta y las cotizaciones a la seguridad social”⁸⁴⁴. Y continúa afirmando que el administrador y trabajador “no actuaba en su nombre, por su propia cuenta y bajo su exclusiva responsabilidad, sino por cuenta de la sociedad y bajo la responsabilidad de ésta”, además “no soportaba riesgo económico alguno cuando intervenía en calidad de administrador de la sociedad y cuando ejercía sus actividades en el marco de las operaciones realizadas por la sociedad con terceras

⁸⁴² Al respecto, DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 53, añade que “para determinar el alcance de la expresión con carácter independiente es pues imprescindible averiguar si existen lazos de subordinación consecuencia de cualquier relación jurídica entre el administrador y la sociedad”.

⁸⁴³ Véase la STJCE de 25 de julio de 1991 (asunto núm. C-202/90) referente al carácter independiente de la actividad realizada por los recaudadores municipales del Ayuntamiento de Sevilla, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc33d8d535035444a380d6e1297e62451d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMch50?text=&docid=97394&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=186892>, consultada el día 31 de mayo de 2017.

⁸⁴⁴ Consúltese la STJCE de 18 de octubre de 2007 (asunto núm. C-355/06) relativa a una persona física que realiza todas las actividades de una sociedad (SL) de la que es socio único, administrador y único trabajador (con contrato) y se plantea la cuestión sobre si tales actividades tiene el carácter de económico y, por lo tanto, será sujeto pasivo del IVA.

personas”. En definitiva, como se puede apreciar el administrador que presta servicios por el ejercicio de sus funciones no tiene la condición de sujeto pasivo del IVA.

Igualmente, la STJUE de 12 de noviembre de 2009 (asunto núm. C-154/08) determina que si “no presentan las características de subordinación y dependencia que resultan esenciales para que los servicios en cuestión puedan considerarse prestados (con el carácter dependiente a que se refiere el art. 10 de la Directiva IVA) y, en tal supuesto, no sujetos al IVA”⁸⁴⁵.

En la jurisprudencia española, la doctrina del TS respecto a la calificación de los servicios prestados como una relación laboral ha quedado recogida en su Sentencia de 7 de noviembre de 2007 (FJ 8º). De esta manera, podremos distinguir la prestación de servicios de carácter laboral y la de carácter económico. A continuación, destacamos las principales tesis de tal doctrina, con la que estamos totalmente de acuerdo⁸⁴⁶:

- La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.
- La concurrencia de las notas características de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo, junto a las notas genéricas de trabajo y remuneración, nos traslada ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.
- La dependencia y la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se manifiestan de distinta manera según las actividades y los modos de producción.
- Los indicios comunes de dependencia tales como: la asistencia al centro o lugar de trabajo designado, el sometimiento a un horario, el desempeño

⁸⁴⁵ Véase, la STJUE de 12 de noviembre de 2009 (asunto núm. C-154/08) en relación con los registradores-liquidadores españoles y la sujeción al IVA de sus servicios. De este modo, los registradores-liquidadores actúan como profesionales que organizan de modo autónomo e independiente los factores de producción en el marco de una prestación de servicio y, por ello, deben estar sujetos al IVA.

⁸⁴⁶ Léase la sugestiva STS de 7 de noviembre de 2007 (FJ 8º) que acoge la doctrina sentada sobre la relación jurídico laboral de la prestación de servicios. En este caso, la relación entre unos profesionales y una SL para la que prestan sus servicios profesionales y cita, entre otras, la STS de 9 de diciembre de 2004 (FFJJ 3º, 4º, 5º y 6º) y la STS de 19 de junio de 2007 (FJ 4º). Asimismo, por ejemplo, se pronuncian las SSTS de 12 de febrero de 2008 (FJ 2º) y de 29 de noviembre de 2010 (FJ 3º).

personal del trabajo (en ocasiones compatible con régimen excepcional de suplencias o sustituciones), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empresario y la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

- Los indicios comunes de ajenidad tales como: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario (y no del trabajador) de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público (por ejemplo, fijación de precios o clientela), el carácter fijo o periódico de la remuneración y el cálculo de la retribución sin el riesgo y lucro típicos de la actividad empresarial o profesional.

Por lo tanto, los hechos indiciarios de dependencia y ajenidad nos conducirán a denominar la prestación de servicios realizada por la persona física (en nuestro caso, el administrador societario) a la sociedad como una relación laboral o, por el contrario, como una actividad económica, en su condición de empresario o profesional a los efectos del IVA. Aunque, en nuestra opinión, deberá analizarse cada caso concreto y todas las circunstancias de la relación de servicios prestada.

Ahora bien, es necesario apuntar que la condición de socio⁸⁴⁷ (y administrador) tiene su incidencia en la sujeción al IVA de las prestaciones de servicios ejercitadas por el administrador. Cuanto mayor sea el control efectivo de la sociedad (socio con porcentaje de participación en el capital social) menos se darán las notas características laborales de dependencia y ajenidad, lo que significará comprobar si actúa como empresario o profesional.

Coincidimos con la AEAT que, a través de su nota de fecha 10 de febrero de 2015 relativa a la repercusión en el IVA de los ingresos percibidos por los socios calificados como rendimientos de actividades profesionales (art. 27.1 de la LIRPF), se refiere de igual manera al derecho y la jurisprudencia comunitaria y española que hemos citado

⁸⁴⁷ Cualquier referencia a la condición de socio en el IVA resulta necesaria para una mejor comprensión de la exposición, pues no es objeto del presente trabajo comprobar la sujeción al IVA de las prestaciones de servicios realizadas por los socios de las sociedades de capital.

supra, para determinar si el socio profesional en su prestación de servicios a la sociedad goza de la consideración de empresario o profesional a efectos del IVA⁸⁴⁸. Como ya avanzamos en el punto 8.2.2 (atinente a los rendimientos del trabajo *versus* de actividad económica) la norma específica del IRPF que conceptúa los rendimientos de actividades económicas profesionales del socio (y administrador) no tiene su equivalencia en el IVA, pues no significa que sean reconocidos como tales actividades económicas en este impuesto. En consecuencia, siguiendo la nota de la AEAT, exponemos las conclusiones alcanzadas para el socio profesional, que participamos de ellas y las hacemos extensibles a la condición de administrador y socio a la vez:

- La calificación del rendimiento obtenido por el socio como actividad económica profesional en el IRPF por su inclusión en el RETA⁸⁴⁹, no implica que sea sujeto pasivo del IVA. Si bien se trata de un indicio, habrá que analizar las circunstancias que concurren en cada caso.
- Si el socio lleva a cabo la ordenación por cuenta propia de factores de producción para el desarrollo de su actividad económica, las prestaciones de servicios efectuados por el mismo a la sociedad estarán sujetas al IVA, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la LIVA.
- Si la relación socio-sociedad se califica como laboral por concurrir las notas de dependencia y ajenidad, los servicios prestados por el socio a la sociedad

⁸⁴⁸ La Subdirección General de Información y Asistencia Tributaria de la AEAT emite una nota, con fecha 10 de febrero de 2015, sobre la “*Incidencia en el IVA de la calificación del rendimiento obtenido por socios profesionales como procedente de actividad económica introducida en el art. 27.1 LIRPF por la Ley 26/2014*”. Su objetivo es analizar las sujeciones y formalidades al IVA de los rendimientos de actividades económicas profesionales de los socios, así calificados por la regla especial contenida en el art. 27.1 de la LIRPF (recordemos que la mencionada regla la hemos analizado en la letra b) del apartado 8.2.2 acerca de la remuneración como rendimiento de actividad económica). La citada nota está disponible en <https://reaf-regaf.economistas.es/noticias/nota-de-la-aeat-incidencia-en-el-iva-de-la-calificacion-del-rendimiento-obtenido-por-socios-profesionales-como-procedente-de-actividad-economica-introducida-en-el-articulo-27-1-lirpf-por-la-ley-2620/>, consultada el día 31 de mayo de 2017.

La DGT ha analizado en varias consultas la sujeción al IVA de los servicios prestados por socios profesionales a la sociedad, remitiéndose al concepto de empresario y profesional y a la definición de actividad empresarial y profesional previsto en el art. 5 de la LIVA. Como, por ejemplo, en la CV núm. V1492-08 de 18 de julio de 2008; en la CV núm. V0179-09 de 2 de febrero de 2009; y en la CV núm. V0933-14 de 2 de abril de 2014 que, muy completa y bien fundamentada, trata de las implicaciones fiscales en el IS, en el IRPF y en el IVA de las funciones propias del cargo (relación mercantil), de dirección (relación laboral) y de servicios profesionales (relación laboral o actividad profesional) desarrolladas por una persona física administradora y socia única.

⁸⁴⁹ Recuérdese que el art. 27.1 de la LIRPF dispone de una regla específica para clasificar como rendimientos de actividad económica profesional los obtenidos por el administrador (y socio) si se cumplen los siguientes requisitos:

- La prestación de servicios de carácter profesional para la sociedad;
- La condición de socio; y
- La afiliación en el RETA o mutualidad alternativa.

estarán no sujetos al IVA, en virtud de lo establecido en el art. 7.5º de la LIVA.

En relación con esto, destacamos la CV núm. V1148-15 de 13 de abril de 2015⁸⁵⁰ de la DGT por su acertada exposición y razonamiento completo, detallando la tributación por la prestación de servicios a la sociedad calificados como una actividad económica y su concepto en el IRPF⁸⁵¹, en el IVA y en el IAE⁸⁵². En el contexto del IVA es imprescindible estudiar caso a caso la calificación de actividad económica. Y trae a colación la normativa y jurisprudencia comunitaria y española, siendo “el requisito esencial a analizar (...) el carácter independiente con que se desarrolla una determinada actividad económica”. Así pues, advierte que “el IVA es un impuesto armonizado a nivel comunitario y atendiendo al principio de estancueidad tributaria⁸⁵³”,

⁸⁵⁰ Véase la DGT en las CV núm. V1147-15 y V1148-15 de 13 de abril de 2015, dando una visión más integral de la tributación de los socios por los servicios prestados a la sociedad, en el IRPF, en el IVA y en el IAE. El interés de estas consultas reside en la interpretación del concepto de actividad económica que efectúa en el ámbito del IVA.

⁸⁵¹ Consúltese el apartado 8.2.2 sobre rendimientos del trabajo versus de actividad económica: Supuestos de hecho y, en particular, la Tabla 3 relativa a la calificación de los rendimientos del administrador por las funciones prestadas a la sociedad.

⁸⁵² El IAE no forma parte del alcance del presente trabajo de investigación. La razón fundamental para no analizar la remuneración de los administradores societarios en el ámbito del IAE radica en que no es objeto de nuestro estudio la actividad que pueda realizar el administrador a título individual o al margen de la sociedad, sino los servicios prestados por aquel a la sociedad. Es decir, una persona física individualmente considerada (sujeto pasivo, art. 83 de la LHL) puede ejercer una actividad económica (arts.79 y 80 de la LHL), cuyo hecho imponible está sujeto a IAE (art. 78 de la LHL), con independencia de su condición de administrador en una determinada sociedad. Cuestión distinta es que las remuneraciones percibidas por el administrador, en el ejercicio de las funciones prestadas a la sociedad, tengan la calificación de actividades económicas y, en su caso, pueda tener la condición de empresario o profesional. Tal situación de hecho sí que las analizamos en el IRPF y en el IVA.

No obstante, la calificación como empresario o profesional, tanto en el IRPF como en el IVA, supondrá la obligación de darse de alta en el censo de empresarios, profesionales y retenedores (disp. adic. 5ª de la LGT y art. 3 del RGGI), mediante los modelos de declaración censal: 036 y 037 simplificado (OM EHA/1274/2007, de 26 de abril, modificada por la OM EHA/2484/2014, de 29 de diciembre).

Además, están exentos del IAE, con independencia de la naturaleza de las actividades que ejerzan y de las circunstancias que concurran en su ejercicio, las personas físicas (art. 82 de la LHL). Por este otro motivo, también hemos desestimado el examen de este impuesto.

⁸⁵³ El principio de estancueidad tributaria surgió de una interpretación literal del art. 9.1.b) de la LGT de 1963 que disponía “los tributos, cualesquiera que sean su naturaleza y carácter, se registrarán (...) por las leyes propias de cada tributo” y como recoge la STS de 25 de junio de 1998 (FJ 4º) se dedujo que “cada tributo tenía su propio hecho imponible, la propia valoración de éste y su propio procedimiento de determinación de la base imponible, de manera que negaban la interconexión de los tributos dentro del sistema tributario”. Siguiendo con la doctrina sentada por la Sentencia, este principio “podía generar (...) grave detrimento de los principios constitucionales de capacidad económica, seguridad jurídica, igualdad, etc.”. Ahora bien, la contraposición al principio de estancueidad no lleva al de unicidad tributaria “porque todo sistema (tributario) se basa en la diversidad de sus elementos”, que requiere de una adecuada ponderación sobre la posibilidad o no de unicidad de valoración. Y concluye que “cada caso debe analizarse teniendo presente las similitudes y las diferencias que existen entre los tributos en liza”. Asimismo, para un mayor estudio sobre estos principios y su evolución jurisprudencial, las SSTS de 18 de junio de 2012 (FFJJ 3º y 4º); de 9 de diciembre de 2013(FJ 4º); y de 21 de diciembre de 2015 (FJ 3º).

no tendrían por qué coincidir exactamente las calificaciones otorgadas a las operaciones por parte de la normativa reguladora de cada tributo”, en clara referencia a la diferente clasificación de actividad económica en el IRPF y en el IVA. En conclusión “la calificación como actividad (económica) ejercida con carácter independiente a los efectos de su sujeción al IVA exige sopesar los indicios relativos a las condiciones de trabajo, la remuneración y la responsabilidad”.

A modo de resumen, la prestación de servicios tendrá la consideración de actividad económica, en el entorno del IVA, en función de los siguientes indicios, aunque se deberá elaborar un análisis casuístico de estos elementos:

- La existencia de ordenación por cuenta propia de factores de producción;
- La titularidad de los factores de producción;
- El riesgo económico de la actividad; y
- La responsabilidad de la actividad desarrollada.

De esta forma, demostrada la naturaleza independiente de la prestación de servicios comportará su sujeción al IVA, pues no tiene cabida en el art. 7.5º de la LIVA. En caso contrario, nos referiremos a una relación laboral o de subordinación y los servicios prestados estarían no sometidos a gravamen del IVA, de conformidad con el art. 7.5º de la LIVA.

Por consiguiente, de cuanto antecede nos permite confirmar que el administrador societario que presta servicios para desarrollar las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) del cargo, no los efectúa en la condición de empresario o profesional. En la relación jurídica administrador-sociedad existe subordinación y dependencia porque no hay ordenación por cuenta propia de factores de producción, el administrador no soporta el riesgo económico de la actividad, actúa por cuenta de la sociedad y bajo la responsabilidad de ésta. En suma, como acertadamente subraya DURÁN-SINDREU

Igualmente, véase el interesante art. de LÓPEZ CANDELA, J. E.: “*La necesaria superación del principio de estancamiento tributario*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 370, Ed. Centro de Estudios Financieros, 2014, pp. 97 a 142.

BUXADÉ “la prestación de servicios que el administrador realiza en el desarrollo de sus funciones no está sujeta al IVA”⁸⁵⁴.

En cambio, la realización de otras prestaciones a la sociedad distintas de las derivadas por funciones de administrador supone comprobar la ordenación autónoma e independiente de factores de producción para el desarrollo de su actividad, es decir, constatar si ejerce como un empresario o profesional. De ser así, las prestaciones repercutirán IVA y, por ende, el administrador será sujeto pasivo de impuesto⁸⁵⁵. Además, comportará las siguientes obligaciones⁸⁵⁶:

- El alta en el censo de empresarios, profesionales y retenedores mediante la presentación de la correspondiente declaración censal⁸⁵⁷;
- La emisión de facturas por los servicios prestados⁸⁵⁸;
- La presentación de liquidaciones⁸⁵⁹; y

⁸⁵⁴ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales...*, ob. cit., p. 54.

⁸⁵⁵ En idéntico sentido se pronuncia LUCENA GRACIA, F. J.: *La fiscalidad de socios y...*, ob. cit. pp. 125 y 145, añadiendo que “en estos casos el administrador habrá emitido una factura y repercutido unas cuotas de IVA a la sociedad”.

Por su parte, MARÍN BENÍTEZ, G.: “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario:...*”, ob. cit. p. 40, matiza sobre cuando una sociedad mercantil actúa como miembro del consejo de administración de otra sociedad distinta que “las sociedades mercantiles, se presumen, en principio, sujetos pasivos del Impuesto a todos los efectos, por lo que cualquier prestación de servicios que realicen, incluidas las realizadas como consejeros de una sociedad, cae dentro, por lo general, del hecho imponible del Impuesto”. En su opinión, que compartimos, los consejeros personas físicas “no deben considerarse empresarios o profesionales a efectos del IVA por la sencilla razón de que no desempeñan una actividad por cuenta propia”. La DGT resuelve con ese mismo criterio, entre otras, en la consulta núm. 0719-98 de 28 de abril de 1998; en la consulta núm. 0215-03 de 17 de febrero de 2003; y en la CV núm. V0008-07 de 4 de enero de 2007.

También, RUIZ HIDALGO, C.: “*La retribución de los administradores...*”, ob. cit., p. 68, afirma que “si el administrador, en muchas de las ocasiones, socio de la entidad, realiza una prestación de servicios a la misma sociedad, las remuneraciones que perciba serán calificadas como rendimientos de actividades económicas y, en consecuencia, estas prestaciones de servicios están sujetas al IVA. Por el contrario, si concurren dependencia y ajenidad en la relación que une a los administradores-socios con la entidad, con independencia de que la relación pueda ser calificada como mercantil o laboral, incluidas en estas últimas las de carácter especial, no estaría sujeta al IVA”.

⁸⁵⁶ El art. 164 de la LIVA dispone las obligaciones de los sujetos pasivos.

⁸⁵⁷ En virtud de lo establecido en la disp. adic. 5ª de la LGT y en el art. 3 del RGGI y en cuanto a los modelos de declaración censal, 036 y 037 (simplificado), la OM EHA/1274/2007, de 26 de abril, modificada por la OM EHA/2484/2014, de 29 de diciembre.

⁸⁵⁸ La normativa que regula la obligación de los empresarios y profesionales de expedir y entregar factura por cada una de las operaciones que efectúen se encuentra recogida en el RFac. A efectos del IVA, el art. 2 del RFac determina la obligación de expedir factura a los empresarios o profesionales “por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad” y de conformidad con el art. 164.Uno.3º de la LIVA. El tipo impositivo a aplicar es el general (desde el 1 de septiembre de 2012, el 21 %), dado que su ámbito de aplicación se extiende a todas las operaciones que no tributan a los tipos reducidos (arts. 90 y 91 de la LIVA).

⁸⁵⁹ Los sujetos pasivos deben presentar las correspondientes autoliquidaciones periódicas y a través del procedimiento así normalizado (arts. 164 y 167 de la LIVA; art. 71 del RIVA y la OM EHA/3786/2008,

- La llevanza de los libros registros exigidos⁸⁶⁰.

Por último, resulta conveniente añadir que la valoración de una operación (prestación de servicios) o base imponible del IVA estará constituida por el importe de la contraprestación (remuneración), con arreglo al art. 78 de la LIVA. Además, tal valoración será por su valor normal de mercado, cuando exista vinculación entre las partes que intervengan en la prestación de servicios, según lo establecido en el art. 79.5 de la LIVA⁸⁶¹. A los efectos de la LIVA, el citado precepto precisa que “se entenderá por valor normal de mercado aquel que, para adquirir los bienes o servicios en cuestión en ese mismo momento, un destinatario, en la misma fase de comercialización en la que

de 29 de diciembre, modificada por la OM HAP/2373/2014, de 9 de diciembre). En el régimen general existe un único modelo para las liquidaciones del IVA: el modelo 303; así como la declaración resumen anual: modelo 390, que también se aprueba por la OM correspondiente (en vigor la OM HAP/3111/2009, de 5 de noviembre, modificada por la OM HAP/1626/2016, de 6 de octubre).

⁸⁶⁰ Los empresarios y profesionales tienen que llevar, con carácter general, los siguientes libros registros (arts. 62 y 68 del RIVA):

- de facturas expedidas.
- de facturas recibidas.
- de bienes de inversión.

⁸⁶¹ La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, dota de una nueva redacción al art. 79.5 de la LIVA. De esta manera, se prescinde del criterio de valoración de adquisición o coste de producción para referirse al de valor normal de mercado, al igual que ocurre en el IS cuando la regla de valoración de las operaciones entre partes vinculadas se aplica por su valor de mercado, ordenada en el art. 18 de la LIS de 2015 (anterior art. 16 de la LIS de 2004). En cuanto a este tema, consúltese la sección 7.3.2 sobre el régimen de las operaciones vinculadas y la teoría de vínculo. A diferencia de lo que ocurrió con la LIS de 2015, criticamos que la LIVA no haya aprovechado para mejorar el redactado en esta materia de vinculadas y persistan conceptos indeterminados como valor “normal” de mercado y “en condiciones de libre competencia”, para definir que se entenderá por valor de mercado. Además, tal concepción de lo que se entiende por valor de mercado no está conciliada en el IVA y en el IS, por ejemplo, en cuanto a su diferente cuantificación si no hay bienes o servicios comparables.

El mencionado art. fija los siguientes supuestos de vinculación en el IVA:

- a) Cuando alguna de las partes sea un sujeto pasivo del IS, del IRPF o de la Renta de no Residentes.
- b) En las operaciones realizadas entre los sujetos pasivos y las personas con relaciones de carácter laboral o administrativo.
- c) En las operaciones realizadas entre los sujetos pasivos y su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive.
- d) En las operaciones realizadas entre una entidad sin fines lucrativos y sus fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, los cónyuges o parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive de cualquiera de ellos.
- e) En las operaciones realizadas entre una entidad que sea empresario o profesional y cualquiera de sus socios, asociados, miembros o partícipes.

Pero esta regla de valoración a efectos del IVA únicamente será de aplicación cuando el precio de la operación acordado entre las partes suponga para alguna de éstas una mejora en el derecho a la deducción del IVA soportado.

En relación con el criterio de valoración en las operaciones vinculadas y su remisión al valor de mercado, coincidimos con GRAS BALAGUER, C. y DE NAVASQUÉS PÉREZ, B.: “Las operaciones vinculadas y...”, ob. cit. pp. 185 y 186, que censuran su poco tratamiento homogéneo en el IS y en el IVA, a la vez que exponen los problemas en la aplicación por su dispar régimen de vinculadas, tales como los supuestos de hecho o el valor frente a terceros del ajuste realizado (la LIVA no regula el ajuste secundario).

se efectúe la entrega de bienes o prestación de servicios, debería pagar en el territorio de aplicación del Impuesto en condiciones de libre competencia a un proveedor independiente”. Y, cuando no exista prestación de servicios comparable, añade que se deducirá por valor de mercado “la totalidad de los costes que su prestación le suponga al empresario o profesional”.

A continuación proponemos la tributación en el IVA de las prestaciones de servicios realizados por los administradores societarios que recogemos en la siguiente tabla:

Servicios prestados	Características	Sujeción IVA	Obligaciones formales
Funciones no ejecutivas (relación mercantil)	<ul style="list-style-type: none">- No riesgo económico.- Actúa por cuenta sociedad.- Dependencia.- No empresario ni profesional.	NO	Ninguna
Funciones ejecutivas (relación laboral)	<ul style="list-style-type: none">- Organización factores cuenta ajena.- No riesgo económico.- Actúa por cuenta sociedad.- Dependencia.- No empresario ni profesional.	NO	Ninguna
Otros servicios al margen	<ul style="list-style-type: none">- Organización factores cuenta propia.- Titularidad factores.- Riesgo económico.- Responsabilidad.- Carácter independiente.- Condición empresario o profesional.	SI (casuística)	<ul style="list-style-type: none">- Alta censal.- Factura.- Liquidaciones.- Libros registros.

Tabla 4: La prestación de servicios desempeñada por el administrador y su sujeción al IVA.

Fuente: elaboración propia.

- **Supuestos de hecho.**

Para finalizar con este capítulo exponemos una serie de supuestos prácticos que pueden darse en la realidad empresarial y que ayudarán al entendimiento de la tributación de las prestaciones de servicios desempeñadas por el administrador. Dada la numerosa casuística en materia de IVA, nos centraremos en cuatro casos que si acaso son de lo más habituales.

Supuesto 1.- Un administrador societario que recibe remuneración por el cargo y por funciones de alta dirección como Gerente.

En este caso, la prestación de servicios realizada por el administrador la separamos por funciones no ejecutivas (relación mercantil) y por ejecutivas (relación laboral). En cuanto a las primeras se desarrollan en relación de dependencia o subordinación de la sociedad, pues actúa por cuenta de ésta, y es la propia sociedad quien asume el riesgo económico de la actividad y las responsabilidades frente a terceros (arts. 9.1 y 10 de la Directiva IVA). Por tanto, no tendrá la consideración de empresario o profesional (arts. 5 y 84.uno de la LIVA) y los servicios prestados no estarán sujetos al IVA (arts. 4.uno y 7.5° de la LIVA) ni a obligaciones formales de este Impuesto. De igual forma, las segundas funciones (ejecutivas) no tienen el carácter independiente (arts. 9.1 y 10 de la Directiva IVA) porque no hay ordenación por cuenta propia de factores (condiciones laborales), no asume riesgo económico (remuneración) y tampoco responsabilidad (actúa en nombre de la sociedad). En consecuencia, tales servicios no son realizados por personas que reúnan las condiciones de empresarios o profesionales (arts. 5 y 84.uno de la LIVA) y no repercutirán IVA (arts. 4.uno y 7.5° de la LIVA), por lo que no se derivan obligaciones del mismo.

Supuesto 2.- Un administrador societario que se le retribuye por las funciones de administrador y por realizar prestaciones de servicios de pintura para la sociedad dedicada a la pintura y decoración con su propio equipo de material.

En esta situación, la prestación de servicios por las funciones de administrador en su condición de tal (o no ejecutivas) no está gravada por el IVA (arts. 4.uno y 7.5° de la LIVA), dado que no se actúa bajo la forma de empresario o profesional (arts. 5 y 84.uno de la LIVA). Por otro lado, la realización de otros servicios al margen tiene ese carácter independiente para considerarse como actividad económica empresarial (arts. 9.1 y 10 de la Directiva IVA y art. 11.dos.1° de la LIVA). Es decir, organiza los factores de producción de manera autónoma, posee la titularidad de los mismos y asume el riesgo económico de la actividad y su responsabilidad. En definitiva, el administrador interviene como si de un empresario se tratara (arts. 5 y 84.uno de la LIVA) y los servicios estarán sujetos al IVA (art. 4.uno de la LIVA). Además, deberá observar las obligaciones formales del alta censal, de la facturación, de la liquidación del IVA y de los libros registro, de conformidad con el art. 164 de la LIVA.

Respecto a la valoración de los servicios prestados como empresario a la sociedad solamente se aplican las reglas sobre operaciones vinculadas en el IVA, si se demuestra que el precio de la operación acordado entre las partes suponga para alguna de éstas una mejora en el derecho a la deducción del IVA soportado y, en todo caso, tal valoración será por su valor de mercado (arts. 78 y 79.5 de la LIVA).

Supuesto 3.- Un administrador societario que recibe remuneración por los servicios prestados de economista, siendo el cargo de administrador gratuito. La sociedad se dedica al asesoramiento fiscal y laboral.

En el supuesto planteado nada que indicar sobre la prestación de servicios por las funciones de administrador dado su carácter gratuito. No obstante, el administrador no es sujeto pasivo del IVA por tal desempeño y no se derivan obligaciones formales del mismo. Ahora bien, los servicios prestados de economista tienen la naturaleza de profesional (arts. 4.uno y 5 de la LIVA), se comprueba la ordenación por cuenta propia de los factores de producción (y predomina el factor humano) y el riesgo económico de la actividad profesional. Por consiguiente actuará como un profesional con carácter independiente y sus servicios estarán sujetos al IVA (arts. 9.1 y 10 de la Directiva IVA y art. 11.dos.1º de la LIVA). En este sentido, se conforman las obligaciones formales del alta censal, de la facturación, de la liquidación del IVA y de los libros registro, a tenor del art. 164 de la LIVA.

Las reglas de valoración sobre operaciones vinculadas a efectos del IVA, únicamente serán de aplicación cuando el precio de la operación acordado entre las partes suponga para alguna de éstas una mejora en el derecho a la deducción del IVA soportado y, en todo caso, tal valoración será por su valor de mercado (arts. 78 y 79.5 de la LIVA).

Supuesto 4.- Un socio-administrador de una sociedad dedicada al asesoramiento fiscal y jurídico, recibe remuneraciones por las funciones de administrador y por los servicios prestados de abogado.

En este ejemplo, las prestaciones de servicios desempeñadas por el administrador por el ejercicio de sus funciones (ejecutivas y no ejecutivas) no están sometidas al IVA. No cumple con los requisitos para ser considerado empresario o profesional (arts. 9.1 y 10 de la Directiva IVA y arts. 5 y 84.uno de la LIVA) y no se deducen obligaciones formales del Impuesto. Por el contrario, los servicios prestados al margen de la

condición de administrador pueden estar sujetos al IVA. Para ello debemos analizar el carácter independiente con que se desarrolla la actividad económica. En la medida en que se lleve a cabo la ordenación por cuenta propia de los factores de producción estaremos ante una actividad económica de naturaleza profesional (pues predomina el factor humano), además la condición de socio y alta en el RETA (control efectivo) es un indicio de la falta de las características laborales (dependencia y ajenidad), no pudiéndose calificar los servicios como de relación laboral y, por lo tanto, nos encontramos ante la sujeción al IVA de los servicios profesionales (arts. 4.uno y 5 de la LIVA). A resultas de ello, se infieren las obligaciones formales del alta censal, de la facturación, de la liquidación del IVA y de los libros registro, en virtud del art. 164 de la LIVA.

Por último, reiteramos que las reglas de valoración sobre operaciones vinculadas a efectos del IVA, únicamente serán de aplicación cuando el precio de la operación acordado entre las partes suponga para alguna de éstas una mejora en el derecho a la deducción del IVA soportado y, en todo caso, tal valoración será por su valor de mercado (arts. 78 y 79.5 de la LIVA).

12.- CONCLUSIONES.

En el presente trabajo de investigación hemos analizado todo lo concerniente a la remuneración de los administradores de las sociedades de capital (objeto de este estudio). Desde los aspectos jurídicos hasta los tributarios, delimitado a los impuestos que hemos concretado, pasando por examinar la influencia del ordenamiento laboral en esta materia. Llegados a este punto, a continuación formulamos las siguientes conclusiones:

1. El administrador de la sociedad ha de ser una persona (o personas) física o jurídica, capacitada y designada para ello, y que dentro de sus competencias (gestión y representación de la sociedad) lleve a cabo el objeto social establecido. En este sentido, actúa como un único órgano societario, dando igual el modo en que se organice la administración (administrador único, administradores conjuntos, administradores solidarios y consejo de administración). Tal condición comporta el ejercicio de tareas de dirección, administración, gestión y representación de la sociedad y, de este modo, diferenciamos las facultades o funciones asignadas a cada miembro de ese órgano de administración. Sin embargo, criticamos que no se exija un mayor rigor profesional para el cargo de administrador. Es decir, la administración de sociedades requiere de una formación y experiencia en la gestión de empresas, que lo podemos denominar aptitud profesional.

2. La LSC, que no diferencia entre el término de administrador/es y el del órgano que lo representa, no define las funciones del administrador y se limita a señalar sus competencias y el marco de actuación de los administradores lo deducimos a través de la interpretación de los deberes generales, las responsabilidades por su incumplimiento y de la delegación de facultades (aunque criticamos que sólo se alude al consejo de administración). Así, proponemos avanzar en la distinción entre la gestión social y la gestión de dirección de la sociedad, con independencia del tamaño y del modo de organizar la administración. Y abogamos por la separación de las funciones del administrador en no ejecutivas (indelegables) y ejecutivas (delegables) para, de este modo, distinguir los regímenes jurídicos de la remuneración de los administradores por una u otras funciones.

3. No compartimos la llamada doctrina del vínculo (STS de 29 de septiembre de 1988) que no permite la entrada en el ámbito laboral a la relación jurídica sociedad-administrador en la forma de personal de alta dirección por las funciones delegadas. Y determina que ante la coincidencia de funciones (administrador-alto directivo) prevalece la relación mercantil sobre la laboral. En nuestra opinión, la relación jurídica sociedad-administrador es de carácter orgánico y contractual: de mandato, por el cargo como tal, y de prestación de servicios por las facultades delegadas. De esta manera, la naturaleza de la relación entendemos que será mercantil y laboral y defendemos su compatibilidad. Esto es, apoyamos que la relación es mercantil por las funciones de administrador en su condición de tal (gestión social) y laboral común o de alta dirección por las funciones delegadas (gestión de empresa). La relación común u ordinaria contiene las notas laborales de ajenidad y dependencia. Mientras que la de alta dirección tiene la dependencia con respecto a los órganos de gobierno y administración societarios y la ajenidad en relación a un régimen de remuneración diferenciado y una posición no dominante (sin control efectivo) en la sociedad. Por lo tanto, la distinción de funciones y de naturaleza de la relación respalda nuestra idea de un régimen de remuneración diferente y específico para los administradores ejecutivos y otro para los administradores por su condición de tales.

4. La remuneración de los administradores es la contraprestación a los servicios realizados para la sociedad y por la responsabilidad que asumen. O dicho de otra forma, la entendemos como un sistema de reparto que incluye los conceptos a retribuir y el importe a remunerar al administrador por su labor. Criticamos que la doctrina del vínculo avance (STS de 13 de noviembre de 2008) reclamando la constancia en los estatutos sociales y con certeza exacta de las remuneraciones de todos los administradores (ejecutivos y no ejecutivos). Así, proponemos delimitar el ámbito de la remuneración en dos:

- El ámbito objetivo que hace referencia a la determinación del sistema de remuneración que tendrá previsión estatutaria pero no el *quantum* de la remuneración, que queda fuera por razones prácticas y por nuestra interpretación del art. 217 de la LSC de 2014, que refiere sólo a los conceptos retributivos a percibir; y

- El ámbito subjetivo de la remuneración que afecta sólo a los administradores en su condición de tales, sea cual sea el órgano de administración, cuya remuneración está sujeta a reserva estatutaria.

En definitiva, sostenemos que la remuneración por las funciones del cargo de administrador como tal (no ejecutivas o indelegables) se recogen en los estatutos sociales determinando su sistema de remuneración. Por el contrario, la remuneración de los administradores por sus funciones ejecutivas (o delegadas) sugerimos su exclusión de la reserva estatutaria por la separación de funciones que interpretamos de los arts. 217 y 249 de la LSC de 2014 y por tener un régimen de remuneración diferente. Es decir, en la situación económica y laboral actual, cambiante y competitiva, la contratación de los altos directivos (y administradores) no puede ser sometida a la rigidez de los estatutos sociales.

5. En el IS, criticamos la falta de definición de gasto y de gasto fiscalmente deducible de la LIS de 2015 y del RIS de 2015 y que tan sólo se limitan a establecer los requisitos de deducibilidad fiscal. Por tanto, defendemos que la remuneración pagada por la sociedad a los administradores será un gasto fiscal si primero lo es contable. Es decir, la remuneración es un gasto registrado, justificado, imputado y relacionado con los ingresos como cualquier gasto contable y, además, no está incluida en la relación de gastos fiscalmente no deducibles de la normativa del IS, en consecuencia, se deduce un gasto fiscal.

Así pues, censuramos que la doctrina del vínculo niegue la deducibilidad como gasto en el IS de la remuneración si no es un gasto necesario y no conste en los estatutos sociales y con certeza (SSTS de 13 de noviembre de 2008). Es más, la admisión como gasto fiscal de la remuneración no debe relacionarse con lo establecido en la LSC en materia de remuneraciones, ya que ésta no menciona nada al respecto. Y, en todo caso, cualquier incumplimiento sería un inconveniente en el orden mercantil por la falta de previsión estatutaria pero que carece de implicación fiscal. Por lo tanto, las remuneraciones de los administradores societarios no son una liberalidad ni son ilícitas por contravenir el ordenamiento mercantil. Abogamos, pues, por la deducción fiscal en el IS de las remuneraciones satisfechas a los administradores que no tengan cobertura estatutaria e incluso cuando el cargo de administrador figure como gratuito, siempre y

cuando cumplan con lo establecido en la norma fiscal y no se vean limitadas, corregidas o excluidas por ésta.

6. En nuestra opinión, las remuneraciones satisfechas a los administradores societarios por las funciones en su condición de tal o no ejecutivas (gestión social) determinadas en los estatutos sociales, sin obligación de constancia de su concreto importe, son deducibles fiscalmente en el IS. Esto es, son gastos reales y contabilizados para que, a su vez, sean gasto fiscal. Por su parte, las remuneraciones por la prestación de funciones delegadas o ejecutivas (gestión de dirección), que defendemos no requieren reserva estatutaria, se encuentran fiscalmente deducibles en el IS por ser un gasto efectivo (se trata de cantidades abonadas en contraprestación de los servicios recibidos) y registrado contablemente, es decir, un gasto fiscal y no existe ningún precepto que limite la deducibilidad fiscal de las remuneraciones en el IS. De hecho el art. 15 e) de la LIS de 2015 refuerza nuestra interpretación, esto es, ante la falta de cobertura estatutaria la remuneración a los administradores por sus funciones ejecutivas es deducible en el IS sin tener que atender a los requisitos mercantiles y sí a los de deducibilidad de la norma fiscal.

Pero, desaprobamos que la LIS de 2015 no ha dejado claro si afecta a todos los modos de organizar la administración, como proponemos; y tampoco ofrece toda la seguridad jurídica que pretendemos por determinar cómo no deducibles los gastos derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico (art. 15 f) de la LIS de 2015). Ahora bien, según nuestro criterio, esta norma va dirigida a la no deducibilidad del gasto por conductas prohibidas o delictivas que, para nada, nos lleva a las remuneraciones por funciones ejecutivas. En todo caso, las mencionadas remuneraciones no están prohibidas y lo que se discute es su deducibilidad fiscal. Además, el legislador sería poco coherente si en el apartado e) admite su deducción y, más tarde, en el f) del mismo art. 15 de la LIS de 2015, lo excluye.

7. Criticamos que el concepto de operación vinculada no se encuentre expresamente recogido en la normativa del IS. A nuestro juicio, una operación vinculada es cualquier negocio jurídico realizado entre personas físicas o jurídicas con cierta relación entre sí o grado de vinculación, cuya valoración económica difiere del que se le daría si no hubiera tal vinculación, es decir, del valor del mercado. Con cierta

inseguridad en su redactado, la LIS de 2015 establece la relación entre la sociedad y el administrador como un supuesto de vinculación, salvo en lo correspondiente a las remuneraciones por las funciones del administrador. Es decir, interpretamos que las remuneraciones de los administradores por sus funciones (ejecutivas y no ejecutivas) dejan de ser operaciones vinculadas y no se les aplica el valor de mercado, con independencia de si tienen o no reserva estatutaria o el cargo es gratuito. A nuestro entender, se viene a confirmar que antes de esta norma fiscal era de aplicación la valoración de mercado a la remuneración de los administradores, también al margen de los estatutos sociales. Entonces, cualquier otra remuneración por la prestación de servicios al margen de las funciones de administrador (por ejemplo, un asesoramiento profesional) es una operación vinculada y se calcula a valor de mercado.

8. En el IRPF, reprobamos la falta de correlación entre el concepto de rendimiento del trabajo y el concepto de relación laboral propio del Derecho laboral. Es decir, el art. 17 de la LIRPF califica como rendimientos del trabajo remuneraciones que no son consecuencia de una relación laboral propiamente dicha, como por ejemplo las percibidas por los miembros de los órganos de administración societarios. Proponemos calificar fiscalmente las remuneraciones de los administradores según la naturaleza de la relación jurídica con la sociedad por las funciones o servicios que desempeñen. Esto es, las remuneraciones por las funciones no ejecutivas o indelegables son rendimientos del trabajo por su condición de administrador como tal (relación mercantil), mientras que las procedentes por las funciones ejecutivas o delegables también aunque por las tareas de gestión de dirección con características laborales (relación laboral de carácter especial o relación laboral común). De este modo, abogamos porque las remuneraciones de los administradores ejecutivos, calificadas como del trabajo, se consideren derivadas de una relación laboral (caracterizada por la ajenidad y la dependencia) y se apliquen en su cálculo del IRPF los gastos legalmente establecidos, el régimen de exenciones y las retenciones previstas como si de un trabajador común se tratara, salvo que el administrador tenga control efectivo de la sociedad.

A nuestro juicio, la LIRPF ha perdido la oportunidad de dar una mayor seguridad jurídica a la calificación como rendimientos del trabajo de las remuneraciones de los administradores ejecutivos, después de la entrada en vigor de la LIS de 2015, que

apostó por la separación de funciones admitiendo la deducibilidad fiscal de las remuneraciones por las funciones de alta dirección (ejecutivas).

9. En nuestra opinión, las remuneraciones de los administradores societarios por otros servicios al margen de las funciones (ejecutivas y no ejecutivas) del administrador serán calificadas como rendimientos del trabajo por exclusión, es decir, si no tienen previamente el carácter de actividad económica. En otras palabras, entendemos que las remuneraciones recibidas por los servicios prestados a la sociedad son una actividad económica (empresarial o profesional) cuando exista ordenación por cuenta propia de factores de producción (materiales y humanos), lo que significa que no aparecen las características laborales de ajenidad y dependencia. Además, censuramos que el art. 27.1 de la LIRPF que califica los rendimientos de actividades económicas no contribuya a una mayor seguridad jurídica por no definir un concepto fiscal propio de actividad profesional y tenga que acudir a la normativa laboral, por ejemplo para el encuadramiento en el RETA.

En definitiva, proponemos que habrá que analizar en cada caso concreto las condiciones de dependencia y ajenidad en la ordenación de los factores de producción y cuál (factor) predomina más para calificar la remuneración del administrador como actividad económica (empresarial o profesional).

10. En el IP, la realización de funciones de dirección en la sociedad y su remuneración es un requisito esencial para la aplicación de la exención fiscal por la titularidad de participaciones en sociedades. De este modo, entendemos que el concepto de funciones directivas se vincula al de gestión de dirección que supone una efectiva intervención en el día a día de las decisiones de empresa, con independencia del cargo o vínculo con la sociedad. Por ejemplo, el administrador societario que realiza funciones ejecutivas que implican una verdadera participación en la gestión diaria en la sociedad y se le retribuye por ello, al margen de su condición como tal y de si el cargo es gratuito o no en los estatutos sociales. Y añadimos que, según nuestro parecer, sin que aquella remuneración (ejecutiva o directiva) requiera reserva estatutaria. En este caso, abogamos por la aplicación de la exención fiscal en el IP por la participación en sociedades, por la parte del valor de las participaciones que corresponda a los activos afectos al ejercicio de la actividad económica de la sociedad.

11. En el ISD, las funciones ejecutivas del administrador son las funciones directivas y que remuneradas son una condición fundamental para la reducción fiscal para las adquisiciones *mortis causa* e *inter vivos* de participaciones en sociedades. Esto es, la remuneración por las funciones de dirección y que conllevan una efectiva intervención en las decisiones de la empresa, tiene un régimen retributivo diferente que no requiere de cobertura estatutaria. En consecuencia, apoyamos la reducción fiscal, previa exención en el IP (deducimos una total vinculación con este impuesto), para las adquisiciones por herencia y por donación de participaciones en sociedades, con independencia de la remuneración del cargo de administrador como tal y del vínculo de la relación sociedad-administrador. Eso sí, la reducción se practicará sobre la parte del valor que se ajuste a los activos afectos para el desarrollo de la actividad económica.

12. En el IVA, la prestación de servicios realizada por el administrador para la sociedad debe analizarse en cada caso concreto y según las circunstancias de la relación jurídica sociedad-administrador (mercantil o laboral) para determinar la sujeción a ese impuesto. En nuestra opinión, la remuneración del administrador societario por la prestación de servicios para desarrollar funciones ejecutivas y no ejecutivas no están sujetas a IVA, puesto que no se realizan bajo la condición de empresario o profesional. Esto es, en la relación jurídica existe subordinación y dependencia porque no hay ordenación por cuenta propia de factores de producción, el administrador no sufre el riesgo económico de la actividad, actúa por cuenta de la sociedad y bajo la responsabilidad de ésta. Por el contrario, sostenemos que la remuneración por la realización de otras prestaciones a la sociedad, diferentes de las derivadas por funciones de administrador, donde haya ordenación autónoma e independiente de factores de producción para el desarrollo de la actividad, o sea, que actúa como un empresario o profesional, repercutirá el IVA correspondiente.

Además, criticamos que exista un concepto diferente para la calificación de actividad económica en el IVA y en el IRPF con la consiguiente falta de seguridad jurídica para el sujeto pasivo de ambos tributos. Por ello, proponemos la posibilidad de una adecuada unicidad de valoración entre los impuestos en cuestión.

13. En el conjunto del ordenamiento tributario, las consecuencias fiscales de la remuneración por el ejercicio de las funciones de administrador han sido totalmente negativas. No admitimos que las controversias sobre las remuneraciones en el orden mercantil y laboral se trasladen al ámbito tributario, dónde no había debate. La calificación tributaria de los actos o negocios jurídicos supone ingresar la contribución económica por parte de los obligados tributarios, en cumplimiento de la responsabilidad que corresponde, con independencia de la forma jurídica en que se realicen esos actos o negocios. No entendemos que se tenga que acudir a la legislación mercantil y laboral para adecuar la fiscalidad. En la tributación lo sustancial es conocer si el administrador tiene rendimientos por prestar sus servicios y si la sociedad se ha deducido correctamente el gasto por remuneración de los administradores, de acuerdo con las normas fiscales. La naturaleza de la relación jurídica sociedad-administrador, la previsión estatutaria de la remuneración y las condiciones de laboralidad de la misma no deben considerarse para la aplicación de los impuestos, más aún cuando la normativa tributaria no dice nada al respecto o no lo limita.

14. Finalmente, recomendamos *de lege ferenda* la definición en la normativa tributaria de conceptos propios fiscales y así no tener que acudir a la legislación laboral o mercantil para su interpretación en la aplicación de los tributos, como hemos podido observar a lo largo del trabajo de investigación, por ejemplo, el de relación laboral, de trabajador o empleado, de la condición de administrador, de gasto fiscal y de actividad económica profesional, entre otros.

13.- BIBLIOGRAFÍA.

AAVV, *Memento Práctico Administradores y Directivos 2012-13*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012.

ADAME MARTÍNEZ, FRANCISCO DAVID, “*La titularidad de participaciones sociales por la persona que ejerce funciones de dirección en grupos familiares a efectos de la reducción por transmisión de empresas en ISD (Análisis de la STS de 26 de mayo de 2016 (rec. núm. 4027/2014))*”, en Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación, núm. 401-402, Editorial Centro de Estudios Financieros, 2016, pp. 137 a 146.

AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA, “Base imponible y valoración de bienes”, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Editorial La Ley, Madrid, 1988, pp. 73 a 101.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, JOAQUÍN, *La responsabilidad de los administradores de las Personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

APARICIO PÉREZ, JOSÉ, “*El tratamiento fiscal de actividades ilícitas y fondos de origen ilegal*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 76, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995, pp. 9 a 12.

BERGES ANGÓS, IKER, “*Retribución de los administradores: ¿mera liberalidad o gastos deducibles?*” en revista de Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 916, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 8.

BILBAO ESTRADA, IÑAKI, MATEOS ANSÓTEGUI, ANA ISABEL Y FARGAS MAS, LLUÍS MARÍA, “Los derechos de emisión en el IS en la UE”, en BILBAO ESTRADA, IÑAKI (coordinador): *La fiscalidad de los derechos de emisión (Recurso electrónico): estado de situación y perspectivas de futuro*, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, pp. 395 a 420.

BILBAO ESTRADA, IÑAKI Y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, JESÚS, *“IVA y derechos de emisión: especial referencia a su utilización como instrumento de fraude”*, en revista Crónica Tributaria, núm. 136, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, pp. 37 a 84.

BROSETA PONT, MANUEL y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Mercantil*, 22ª edición, volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

CAAMAÑO ANIDO, MIGUEL ÁNGEL, *“La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el ISD y la retribución de los administradores”*, en revista Quincena Fiscal, núm. 8, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 15 a 28.

CABANAS TREJO, RICARDO, *“La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”*, Diario La Ley, núm. 8494, Editorial La Ley, Madrid, 2015, pp. 1 a 5.

CASTELLANO RAMÍREZ, MARÍA JOSÉ, *“El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia. (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)”*, en Revista de Sociedades, núm. 23, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 117 a 144.

CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE, *“La exención en el IP respecto a la participación en determinadas entidades”*, en Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 16, Editorial Universidad de Extremadura, 1998, pp. 51 a 74.

- *“Nociones de empresario y profesional, y de actividad económica, a los fines del IVA”*, en Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 29, Editorial Universidad de Extremadura, 2011, pp. 17 a 49.

CHICO DE LA CÁMARA, PABLO, *“La tributación de los actos ilícitos: aplicabilidad de las soluciones adoptadas en el derecho italiano al caso español”*, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 163, Editorial Centro de Estudios Financieros, 1996, pp. 3 a 44.

CHICO DE LA CÁMARA, PABLO Y RUIZ GARIJO, MERCEDES, “*Análisis crítico de la exención del art. 7.p) LIRPF 35/2006, de 28 de noviembre, por rendimientos obtenidos como consecuencia de trabajos efectivamente realizados en el extranjero*”, en revista *Crónica Tributaria*, núm. 126, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pp. 91 a 117.

CORDÓN EZQUERRO, TEODORO, “*Ámbito subjetivo de las operaciones vinculadas en la nueva LIS: perímetro de vinculación*”, en revista *Crónica Tributaria*, núm. 152, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp. 89 a 116.

DAVIDSON, SIDNEY Y WEIL, ROMAN L., “*Biblioteca McGraw-Hill de Contabilidad*”, tomo I, edición 3ª, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1990.

DE PABLOS ESCOBAR, LAURA, “*Incidencia y tipos efectivos del IP e ISD*”, en *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, núm. 4, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pp. 1 a 62.

DEL REY GUANTER, SALVADOR, “*Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia*”, 3ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2013.

DESDENTADO BONETE, AURELIO y DESDENTADO DAROCA, ELENA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Editorial Lex Nova, 2000.

- “*En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios.*” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009, pp. 41 a 64.

DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *El administrador de hecho en las sociedades*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

DÍEZ PICAZO, LUIS, *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO, “Retribución de los administradores en las sociedades cotizadas: la comisión de retribuciones”, en AAVV, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, volumen 2, Editorial Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 1055 a 1086.

DURÁN-SINDREU BUXADÉ, ANTONIO, *Fiscalidad de la retribución de administradores y socios profesionales. Teoría del vínculo*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

ESTEBAN MARINA, ÁNGEL, “Inserción de la contabilidad en el impuesto sobre sociedades”, en revista Partida Doble, núm. 134, Editorial Ciss Praxis, junio 2002, pp. 68 a 85.

ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO, “La administración de las sociedades de capital”, en Revista de Sociedades, número 36, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 149 a 170.

- “Artículo 233. Atribución del poder de representación.”, en AAVV, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, volumen 1, tomo I, Editorial Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1675 a 1682.

- “Artículo 234. Ámbito del poder de representación.”, en AAVV, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, volumen 1, tomo I, Editorial Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1682 a 1688.

ESTEVE PARDO, MARÍA LUISA, *La fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- *El IS en la UE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ESTEVE PARDO, MARÍA LUISA, DELGADO GARCÍA, ANA MARÍA, MENÉNDEZ MORENO, ALEJANDRO, OLIVER CUELLO, RAFAEL, QUINTANA FERRER, ESTEBAN, ZORNOZA PÉREZ, JUAN Y AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (coordinadora), *Dret financer i tributari II*, segunda edición, Editorial FUOC, Barcelona, 2010.

FALCÓN Y TELLA, RAMÓN, *“Interpretación económica y seguridad jurídica”*, en revista Crónica Tributaria, núm. 68, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993, pp. 25 a 31.

- *“La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 enero 1998”*, en revista Quincena Fiscal, núm. 11, Editorial Aranzadi, 1999, pp. 5 a 8.

- *“Nota a las SSTs 13 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”*, en revista Quincena Fiscal, núm. 4, Editorial Aranzadi, 2009, pp. 7 a 10.

- *“Nota a las SSTs 13 noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004 (y II): 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”*, en revista Quincena Fiscal, núm. 5, Editorial Aranzadi, 2009, pp. 7 a 11.

- *“La abstracción tributaria de la causa y la presunción de validez de los actos o negocios gravados”*, en revista Quincena Fiscal, núm. 8, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 7 a 10.

- *“La abstracción tributaria de la causa y sus consecuencias en la calificación de los negocios”*, en AAVV: VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario: La asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los nuevos planes de estudio, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 12/2011, pp. 173 a 175.

FARRANDO MIGUEL, IGNACIO, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ CABANILLAS, FRANCISCO JOSÉ, *“IRPF y familia en España: reflexiones ante la reforma”*, en Documentos núm. 8, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pp. 1 a 34.

FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 289 a 310.

GALARZA, CÉSAR JOSÉ, *La tributación de los actos ilícitos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

- “*Algunas cuestiones sobre la tributación de los actos ilícitos*”, en revista Tribuna Fiscal, núm. 217, Editorial Ciss Praxis, noviembre 2008, pp. 24 a 27.

GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, “La remuneración de los administradores de la sociedad”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1545 a 1569.

GARCÍA DE PABLOS, JESÚS FÉLIX, “*La urgente reforma del ISD en España a la luz del derecho comunitario*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 18, Editorial Aranzadi, 2014, pp. 133 a 152.

GARCÍA NOVOA, CÉSAR, “*La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el IS*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 8, Editorial Aranzadi, 2009, pp. 57 a 94.

- “*Problemas de aplicación del ISD en las CCAA. Especial referencia al caso de Galicia*”, en revista Técnica Tributaria, núm. 94, Editorial Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pp. 36 a 73.

GARCÍA PRATS, FRANCISCO ALFREDO, “*Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 117, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pp. 33 a 82.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Administradores sociales y administradores de hecho”, *Estudios de Derecho Mercantil, en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Editorial Civitas Thomson, Madrid, 2010, pp. 527 a 561.

GARCÍA-OVIES SARANDESES, ISABEL: *Gastos deducibles en el impuesto sobre sociedades*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1992.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, JOAQUÍN. Y URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª edición, volumen II, Madrid, 1976.

GIMENO-BAYÓN COBOS, RAFAEL y GARRIDO ESPA, LUIS, *Órganos de la sociedad de capital*, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GIRGADO PERANDONES, PABLO, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002.

GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, MÓNICA, “*El restablecimiento del IP*”, en Anuario jurídico y económico escurialense, núm. 45, Editorial Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, Madrid, 2012, pp. 409 a 426.

GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, MÓNICA y LÓPEZ LÓPEZ, MARÍA TERESA, “*El IRPF en España: aspectos y evolución de la tributación familiar*”, en Anuario jurídico y económico escurialense, núm. 46, Editorial Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, Madrid, 2013, pp. 363 a 398.

GRAS BALAGUER, CLARA y DE NAVASQÜES PÉREZ, BEGOÑA, “*Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia*”, en Cuadernos de Formación, colaboración 34/10, Escuela de la Hacienda Pública, volumen 11/2010, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2010, pp. 173 a 186.

JORDÁ GARCÍA, RAFAEL Y NAVARRO MATAMOROS, LINDA, *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (a propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

JURADO SOLÍS, MIGUEL, “*La utilidad del valor razonable contable para la determinación del valor de mercado fiscales las operaciones vinculadas*”, en Cuadernos de Formación, colaboración 28/08, Escuela de la Hacienda Pública, volumen 6/2008, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pp. 215 a 234.

LAGOS RODRÍGUEZ, MARÍA GABRIELA y ALCARAZ RUIZ, SONIA, “*El tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas en el nuevo IS*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 156, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2015, pp. 109 a 134.

LAGARES CALVO, MANUEL JESÚS, “*Una nueva reforma del IRPF*” en Cuadernos de Información económica, núm. 190, Editorial Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, enero-febrero 2006, pp. 45 a 70.

LATORRE CHINER, NURIA, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Editorial Comares, Granada, 2003.

LÓPEZ CANDELA, JAVIER EUGENIO, “*La necesaria superación del principio de estanqueidad tributaria*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 370, Editorial Centro de Estudios Financieros, 2014, pp. 97 a 142.

LÓPEZ ESPADAFOR, CARLOS MARÍA, “*La aplicación de diferentes reglas de valoración para los inmuebles en el IP y la quiebra del principio de igualdad*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 12, Editorial Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 9 a 15.

LUCENA GRACIA, FRANCISCO JAVIER, *La fiscalidad de socios y administradores de sociedades*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

MARCOS GÓMEZ, FERNANDO, “*Análisis de 25 años de funcionamiento del IVA*”, en revista eXtoikos, núm. 3, Editorial Instituto Econospérides, Málaga, 2011, pp. 57 a 64.

MARÍN BENÍTEZ, GLORIA, “*A propósito de la reforma del IRPF*”, Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 16, Editorial Dykinson, Madrid, enero-abril 2007, pp. 17 a 29.

- “*Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 353-354, Editorial Centro de Estudios Financieros, agosto-septiembre 2012, pp. 5 a 40.

- “*El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las Leyes 27/2014 y 31/2014*”, en Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, número 39, Editorial Dykinson, enero 2015, pp. 113 a 116.

- “*Los incentivos fiscales al relevo generacional en la empresa familiar y su controvertida aplicación práctica*”, en revista Técnica Tributaria, núm. 114, Editorial Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2016, pp. 29 a 64.

MARTÍN JIMÉNEZ, CARLOS MANUEL, *Teoría y práctica del proceso monitorio. Comentarios y formularios (e-book)*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.

MARTÍN QUERALT, JUAN, TEJERIZO LÓPEZ, JOSÉ MANUEL Y CAYÓN GALIARDO, ANTONIO (Directores), *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, 12ª edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MARTÍN QUERALT, JUAN, LOZANO SERRANO, CARMELO Y POVEDA BLANCO, FRANCISCO, *Derecho Tributario*, edición 20ª, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MARTÍN QUERALT, JUAN, LOZANO SERRANO, CARMELO, TEJERIZO LÓPEZ, JOSÉ MANUEL Y CASADO OLLERO, GABRIEL, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 27ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2016.

MATEU DE ROS CEREZO, RAFAEL, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

MERINO JARA, ISAAC (Director), *Derecho Tributario. Parte Especial*, 5ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2016.

MILL, JOHN STUART, *Principios de Economía Política (1848)*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1951, Fundación ICO para la edición, Editorial Síntesis, Madrid, 2007.

MOCHÓN LÓPEZ, LUIS, *“El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude”*, en revista Quincena Fiscal, núm. 22, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 39 a 66.

MORALES SÁNCHEZ, ELENA, *“El ajuste secundario en las operaciones vinculadas”*, revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Editorial Dykinson, núm. 22, enero-abril 2009, pp. 65 a 68.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, en URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO Y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ediciones 1ª y 2ª, Editorial Civitas, Madrid, 1999-2006.

- *“El enforcement de los pactos parasociales”*, en Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Editorial Dykinson, número 5, mayo-agosto 2003, pp. 19 a 43.

- *“El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”*, en Revista de Derecho del Mercado de Valores, número 2, Editorial La Ley, pp. 15 a 88. Igualmente, accesible en Indret, número 2, enero 2008 (www.indret.com).

- *“Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”*, en Revista para el análisis del Derecho, Indret, número 2, mayo 2009 (www.indret.com).

- *“Anatomía del deber de lealtad”*, en Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez, Editorial Dykinson, número 39, enero 2015, pp. 43 a 65.

PEDREIRA MENÉNDEZ, JOSÉ, *“La retribución de administradores y consejeros: gratuidad estatutaria del cargo e IS”*, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 373, Editorial Centro de Estudios Financieros, abril 2014, pp. 173 a 180.

PERDICES HUETOS, ANTONIO, *“Significado actual de los “administradores de hecho”; los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de*

24 de septiembre de 2001)”, en revista de Derecho de Sociedades, núm. 18, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 277 a 287.

PÉREZ ROYO, FERNANDO, “*Derecho financiero y tributario. Parte general*”, 25ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2015.

POLO SÁNCHEZ, EDUARDO, “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

PONT MESTRES, MAGÍN, *Estudios sobre temas tributarios actuales*, volumen 2, Editorial Pont Mestres, Barcelona, 1987.

PUEBLA AGRAMUNT, NURIA, “Actos ilícitos y tributación” en FONTELA MONTES, EMILIO Y SAIZ ÁLVAREZ, JOSÉ MANUEL, *Ética y legalidad en los negocios*, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2008, pp. 113 a 166.

- “*El gravamen de lo ilícito. Aplicación práctica de la solución propuesta a los distintos impuestos desde nuestro derecho positivo*”, en revista de Contabilidad y Tributación, núm. 310, Editorial Centro de Estudios Financieros, 2009, pp. 3 a 50.

REPISO LÓPEZ, FRANCISCO Y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, MIGUEL ÁNGEL, “*Exención en el IP de las actividades económicas y de las participaciones en las entidades*”, en revista Crónica Tributaria, núm. 99, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pp. 79 a 102.

RICARDO, DAVID, *Principios de economía política y tributación (1817)*, volumen I, Editorial Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1993.

RIVAS NIETO, ESTELA, “*El IVA devengado exclusivamente por estar mencionado en la factura (Comentario a la STJCE de 18 de junio de 2009)*”, en revista Noticias de la UE, núm. 314, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, marzo 2011, pp. 125 a 131.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL y BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

RODRÍGUEZ OTERO, LUIS ENRIQUE, “*La retribución de los administradores de entidades mercantiles en el IS*”, en revista *Estrategia financiera*, núm. 274, Editorial Ciss Praxis, julio-agosto 2010, pp. 26 a 31.

RONCERO SÁNCHEZ, ANTONIO, “*Comentarios a las SSTs de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores: Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una SA*”, en revista de *Derecho de Sociedades*, núm. 32, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 79 a 98.

RUIZ HIDALGO, CARMEN, “*La retribución de los administradores después de las sentencias Mahou*”, en revista *Técnica Tributaria*, núm. 95, Editorial Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pp. 49 a 69.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, “Administradores”, AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades anónimas*, tomo IV, Editorial de Derecho Reunidas SA, Madrid, 1994.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, Editorial Civitas, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN CARLOS, *Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros*, (intervención en el Congreso Internacional de Derecho de Sociedades, Madrid abril 2010).

- “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Editorial Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN CARLOS, *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 37ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SMITH, ADAM, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones (1776)*, volumen I y II, Editorial Oikos-Tau, Barcelona, 1988.

URQUIZU CAVALLÉ, ÁNGEL, *Las cotizaciones a la Seguridad Social*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

- “*La tributación de las rentas obtenidas por personas físicas en China: delimitación, calificación y perspectiva jurídica*”, en revista Tribuna Fiscal, núm. 257, Editorial Ciss Praxis, 2012, pp. 21 a 31.

- “*La adquisición de bienes inmuebles residenciales en España por personas físicas residentes en China, la tributación de los bienes inmuebles en China y en España, y la aplicación del Convenio de Doble Imposición entre los dos Estados*”, en revista Quincena Fiscal, núm. 3, Ed. Aranzadi, 2016, BIB 2016/162.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido). Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, volumen I, 23ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

14.- WEBGRAFÍA.

1. LAS FUNCIONES DELEGADAS Y EL *CORPORATE GOVERNANCE*:

Código Unificado de buen gobierno, en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe Aldama, en <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe Cadbury, en <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, en http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe Olivencia, en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Nuevo Código Unificado de buen gobierno, en http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Revista para el análisis del Derecho: <http://www.indret.com/es/> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

2. LA REMUNERACIÓN Y LA ECONOMÍA:

Diccionario de Economía, Economía 48, en <http://www.economia48.com/> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

3. EL ÁMBITO DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES:

Derecho mercantil, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/08/retribucion-de-administradores.html> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

Revista para el análisis del Derecho: <http://www.indret.com/es/> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

STS de 29 de septiembre de 1988, sala de lo Social, caso Huarte, doctrina del vínculo, en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4391956&links=huarte&optimize=19960109&publicinterface=true> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

4. LA DEDUCIBILIDAD DE LAS REMUNERACIONES EN EL IS:

Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción, en <http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/Documents/Folleto%20informativo%20sobre%20el%20Convenio.pdf>, (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe de la DGT de 5 de marzo de 2007, en http://nuevatribuna.opennemas.com/media/nuevatribuna/files/2014/11/04/informe_deducibilidad_funcionarios_extranjeros.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe de la DGT de 12 de marzo de 2009, en <http://www.fec.es/ficheros/noticias/noticia-10-DeducibilidadImpuestoSociedadesdeRetribucionesaAdministradoresdeSociedadesMercantiles.pdf> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

SSTS de 13 de noviembre de 2008, sala de lo Contencioso, caso Mahou, doctrina del vínculo, en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3480892&links=&optimize=20090122&publicinterface=true> y en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3480893&links=&optimize=20090122&publicinterface=true> (consultadas el día 31 de mayo de 2017).

5. LA CALIFICACIÓN DE LAS REMUNERACIONES EN EL IRPF:

Asociación Española de Asesores Fiscales, ADAME MARTÍNEZ, F. D. y ROMERO PLAZA, C. J., Retribución de administradores. Aspectos fiscales y mercantiles, Enero 2016, en http://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf_2016_01_T_retribucion-de-administradores.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe anual de recaudación tributaria 2015, en http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2015/IART15.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español, en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Nota de la AEAT núm. 1/12 de 22 de marzo de 2012, en http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Consideraciones_entida_merc.pdf (consultado el día 31 de mayo de 2017).

6. LA FISCALIDAD DE LAS OPERACIONES VINCULADAS:

Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del IS para sus actividades a escala comunitaria, en

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-582-ES-F1-1.Pdf>

(consultado el día 31 de mayo de 2017).

Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2010_9789264202191-es#.V6WmfAQkqmw#page1 (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, versión abreviada, en <http://www.estrategiafiscal.net/wp-content/uploads/2011/09/Modelo-de-Convenio-Tributario-sobre-la-Renta-y-el-Patrimonio-Versi%C3%B3n-Abreviada-2010-ESPA%C3%91OL.pdf> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, de la OCDE del año 2014, en <http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Ficheros/Fichero79.pdf> (consultado el día 31 de mayo de 2017).

7. LOS REQUISITOS PARA LA REDUCCIÓN FISCAL EN EL ISD:

Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 385/14 de 31 de diciembre de 1994), en <http://www.boe.es/doue/1994/385/L00014-00017.pdf> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones previstas en los apartados 2.c) y 6 del art. 20 de la LISD, que afectan a vivienda habitual y empresa familiar, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-8180 (consultada el día 31 de mayo de 2017).

STJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto núm. C-127/12, acerca de la discriminación fiscal del ISD español y contrario al principio de libre circulación de capitales, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=157285&doclang=ES> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

8. LA REMUNERACIÓN EN EL IVA:

Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA (conocida como Directiva IVA), en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2006-82505 (consultada el día 31 de mayo de 2017).

Nota de la AEAT de 10 de febrero de 2015 sobre *“Incidencia en el IVA de la calificación del rendimiento obtenido por socios profesionales como procedente de actividad económica introducida en el art. 27.1 LIRPF por la Ley 26/2014”*, en <https://reaf-regaf.economistas.es/noticias/nota-de-la-aeat-incidencia-en-el-iva-de-la-calificacion-del-rendimiento-obtenido-por-socios-profesionales-como-procedente-de-actividad-economica-introducida-en-el-articulo-27-1-lirpf-por-la-ley-2620/> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

STJCE de 25 de julio de 1991, asunto núm. C-202/90, en relación con la actividad de los recaudadores municipales realizada con carácter independiente, en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc33d8d535035444a380d6e1297e62451d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMch50?text=&docid=97394&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=186892> (consultada el día 31 de mayo de 2017).

15.- ANEXO JURISPRUDENCIA.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- STJCE C-202/90, de 25 de julio de 1991 (sala Quinta).
- STJCE C-174/00, de 21 de marzo de 2000 (sala Quinta).
- STJCE C-355/06, de 18 de octubre de 2007 (sala Segunda).
- STJUE C-154/08, de 12 de noviembre de 2008 (sala Tercera).
- STJUE C-104/12, de 21 de febrero de 2013 (sala Primera).
- STJUE C-124/12, de 18 de julio de 2013 (sala Sexta).
- STJUE C-127/12, de 3 de septiembre de 2014 (sala Segunda).
- STJUE C-126/14, de 22 de octubre de 2015 (sala Quinta).

Tribunal Supremo (sala de lo Civil).

- STS 88/1984, de 27 de marzo de 1984.
- STS 5123/1986, de 1 de octubre de 1986.
- STS 13053/1991, de 19 de febrero de 1991.
- STS 9411/1992, de 30 de diciembre de 1992.
- STS 17971/1993, de 1 de diciembre de 1993.
- STS 5407/1996, de 10 de octubre de 1996.
- STS 2028/1997, de 19 de marzo de 1997.
- STS 7856/1999, de 9 de diciembre de 1999.
- STS 1725/2000, de 4 de marzo de 2000.
- STS 1175/2001, de 19 de febrero de 2001.
- STS 3805/2001, de 9 de mayo de 2001.
- STS 6416/2001, de 20 de julio de 2001.
- STS 7050/2001, de 24 de septiembre de 2001.
- STS 1847/2002, de 14 de marzo de 2002.
- STS 3017/2002, de 26 de abril de 2002.
- STS 5233/2002, de 12 de julio de 2002.
- STS 6078/2002, de 23 de septiembre de 2002.

- STS 7068/2002, de 25 de octubre de 2002.
- STS 7624/2002, de 18 de noviembre de 2002.
- STS 8136/2002, de 4 de diciembre de 2002.
- STS 2124/2003, de 27 de marzo de 2003.
- STS 1509/2004, de 5 de marzo de 2004.
- STS 6841/2004, de 26 de octubre de 2004.
- STS 1782/2005, de 22 de marzo de 2005.
- STS 2464/2005, de 21 de abril de 2005.
- STS 3758/2005, de 10 de junio de 2005.
- STS 7072/2005, de 24 de noviembre de 2005.
- STS 7512/2005, de 22 de diciembre de 2005.
- STS 116/2006, de 26 de enero de 2006.
- STS 1073/2006, de 9 de marzo de 2006.
- STS 2312/2006, de 22 de marzo de 2006.
- STS 4209/2006, de 15 de junio de 2006.
- STS 3688/2006, de 16 de junio de 2006.
- STS 4252/2006, de 6 de julio de 2006.
- STS 5732/2006, de 21 de julio de 2006.
- STS 6403/2006, de 24 de octubre de 2006.
- STS 169/2007, de 12 de enero de 2007.
- STS 2364/2007, de 24 de abril de 2007.
- STS 6938/2007, de 31 de octubre de 2007.
- STS 1709/2008, de 8 de febrero de 2008.
- STS 4329/2008, de 14 de marzo de 2008.
- STS 2900/2008, de 29 de mayo de 2008.
- STS 3690/2008, de 12 de junio de 2008.
- STS 5230/2008, de 3 de octubre de 2008.
- STS 6719/2008, de 4 de diciembre de 2008.
- STS 6666/2008, de 5 de diciembre de 2008.
- STS 2022/2011, de 14 de marzo de 2011.
- STS 5906/2011, de 29 de septiembre de 2011.
- STS 7170/2011, de 4 de octubre de 2011.
- STS 8014/2011, de 4 de noviembre de 2011.
- STS 7974/2011, de 17 de noviembre de 2011.

- STS 9361/2011, de 19 de diciembre de 2011.
- STS 2135/2012, de 10 de febrero de 2012.
- STS 5815/2012, de 25 de junio de 2012.
- STS 6150/2012, de 3 de septiembre de 2012.
- STS 8999/2012, de 11 de diciembre de 2012.
- STS 8863/2012, de 26 de diciembre de 2012.
- STS 2383/2013, de 8 de abril de 2013.
- STS 3443/2013, de 18 de junio de 2013.
- STS 3609/2013, de 25 de junio de 2013.
- STS 3850/2014, de 23 de septiembre de 2014.
- STS 2061/2015, de 9 de abril de 2015.

Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso).

- STS 10362/1987, de 17 de febrero de 1987.
- STS 8802/1995, de 25 de enero de 1995.
- STS 4887/1995, de 5 de octubre de 1995.
- STS 5799/1997, de 1 de octubre de 1997.
- STS 4254/1998, de 25 de junio de 1998.
- STS 8495/2003, de 26 de diciembre de 2003.
- STS 6516/2006, 17 de octubre de 2006.
- STS 551/2008, de 6 de febrero de 2008.
- STS 7057/2008, de 13 de noviembre de 2008.
- STS 7060/2008, de 13 de noviembre de 2008.
- STS 1312/2009, de 15 de enero de 2009.
- STS 5372/2009, de 22 de junio de 2009.
- STS 5368/2009, de 29 de junio de 2009.
- STS 811/2010, de 11 de febrero de 2010.
- STS 1462/2010, de 25 de febrero de 2010.
- STS 2594/2010, de 11 de marzo de 2010.
- STS 2773/2010, de 26 de abril de 2010.
- STS 2849/2010, de 17 de mayo de 2010.
- STS 4937/2010, de 29 de septiembre de 2010.

- STS 2249/2011, de 6 de abril de 2011.
- STS 825/2012, de 9 de febrero de 2012.
- STS 4224/2012, de 18 de junio de 2012.
- STS 553/2013, de 12 de febrero de 2013.
- STS 873/2013, de 14 de febrero de 2013.
- STS 945/2013, de 21 de febrero de 2013.
- STS 2234/2013, de 6 de mayo de 2013.
- STS 2828/2013, de 30 de mayo de 2013.
- STS 4820/2013, de 26 de septiembre de 2013.
- STS 5524/2013, de 30 de octubre 2013.
- STS 5734/2013, de 21 de noviembre de 2013.
- STS 6147/2013, de 9 de diciembre de 2013.
- STS 6122/2013, de 16 de diciembre de 2013.
- STS 142/2014, de 2 de enero de 2014.
- STS 1328/2014, de 31 de marzo de 2014.
- STS 1565/2014, de 10 de abril de 2014.
- STS 487/2015, de 5 de febrero de 2015.
- STS 3342/2015, de 16 de julio de 2015.
- STS 4499/2015, de 28 de octubre de 2015.
- STS 5470/2015, de 21 de diciembre de 2015.
- STS 16/2016, de 18 de enero de 2016.
- STS 2378/2016, de 26 de mayo de 2016.

Tribunal Supremo (sala de lo Social).

- STS 15517/1988, de 29 de septiembre de 1988.
- STS 11381/1989, de 27 de junio de 1989.
- STS 11228/1989, de 11 de diciembre de 1989.
- STS 2283/1990, de 12 de marzo de 1990.
- STS 17440/1990, de 25 de octubre de 1990.
- STS 17506/1990, de 7 de noviembre de 1990.
- STS 221/1991, de 21 de enero de 1991.
- STS 2290/1991, de 29 de abril de 1991.

- STS 2452/1991, de 13 de mayo de 1991.
- STS 2878/1991, de 3 de junio de 1991.
- STS 3363/1991, de 18 de junio de 1991.
- STS 7048/1991, de 16 de diciembre de 1991.
- STS 12430/1992, de 27 de enero de 1992.
- STS 1642/1994, de 11 de marzo de 1994.
- STS 4578/1994, de 14 de junio de 1994.
- STS 8814/1994, de 22 de diciembre de 1994.
- STS 3595/1995, de 20 de junio de 1995.
- STS 3407/1996, de 4 de junio de 1996.
- STS 517/1997, de 29 de enero de 1997.
- STS 529/1997, de 30 de enero de 1997.
- STS 3982/1998, de 16 de junio de 1998.
- STS 5881/1998, de 14 de octubre de 1998.
- STS 6023/1998, de 20 de octubre de 1998.
- STS 8205/1999, de 20 de diciembre de 1999.
- STS 8532/1999, de 29 de diciembre de 1999.
- STS 5644/2000, de 10 de julio de 2000.
- STS 7640/2000, de 24 de octubre de 2000.
- STS 3499/2001, de 30 de abril de 2001.
- STS 5688/2001, de 2 de julio de 2001.
- STS 7733/2002, de 20 de noviembre de 2002.
- STS 1278/2003, de 26 de febrero de 2003.
- STS 5125/2003, de 17 de julio de 2003.
- STS 5823/2003, de 29 de septiembre de 2003.
- STS 2609/2004, de 21 de abril de 2004.
- STS 7973/2004, de 9 de diciembre de 2004.
- STS 1525/2005, de 11 de marzo de 2005.
- STS 2053/2007, de 23 de enero de 2007.
- STS 5730/2007, de 19 de junio de 2007.
- STS 7294/2007, de 7 de noviembre de 2007.
- STS 8360/2007, de 27 de noviembre de 2007.
- STS 9055/2007, de 26 de diciembre de 2007.
- STS 2870/2008, 12 de febrero de 2008.

- STS 8486/2009, de 9 de diciembre de 2009.
- STS 7764/2010, de 29 de noviembre de 2010.

Audiencia Nacional.

- SAN 709/2004, de 5 de febrero de 2004 (sala de lo Contencioso).
- SAN 4430/2004, de 17 de junio de 2004 (sala de lo Contencioso).
- SAN 7967/2004, de 16 de diciembre de 2004 (sala de lo Contencioso).
- SAN 8017/2004, de 16 de diciembre de 2004 (sala de lo Contencioso).
- SAN 7122/2005, de 14 de abril de 2005 (sala de lo Penal).
- SAN 2803/2006, de 29 de junio de 2006 (sala de lo Contencioso).
- SAN 1830/2007, de 30 de abril de 2007 (sala de lo Contencioso).
- SAN 5635/2007, de 20 de diciembre de 2007 (sala de lo Contencioso).
- SAN 1605/2009, de 13 de abril de 2009 (sala de lo Contencioso).
- SAN 5732/2010, de 2 de diciembre de 2010 (sala de lo Contencioso).
- SAN 1116/2011, de 23 de febrero de 2011 (sala de lo Contencioso).
- SAN 2855/2011, de 9 de junio de 2011 (sala de lo Contencioso).
- SAN 599/2012, de 16 de febrero de 2012 (sala de lo Contencioso).

Audiencia Provincial (Autos).

- AAP Barcelona 2998/2005, de 26 de mayo de 2005.
- AAP Madrid 6856/2005, de 19 de julio de 2005.
- AAP Madrid 10852/2005, de 15 de noviembre de 2005.
- AAP Barcelona 2150/2006, de 21 de abril de 2006.
- AAP Barcelona 8248/2006, de 21 de abril de 2006.
- AAP Bilbao 509/2006, de 27 de abril de 2006.
- AAP Barcelona 2738/2007, de 30 de mayo de 2007.
- AAP Madrid 7192/2007, de 12 de junio de 2007.
- AAP Zamora 231/2007, de 13 de diciembre de 2007.
- AAP Madrid 3924/2008, de 4 de abril de 2008.
- AAP Madrid 3925/2008, de 4 de abril de 2008.

- AAP Málaga 5/2008, de 29 de mayo de 2008.
- AAP Madrid 18724/2008, de 16 de diciembre de 2008.
- AAP Madrid 8098/2009, de 17 de junio de 2009.
- AAP Madrid 10955/2009, de 8 de septiembre de 2009.
- AAP Zaragoza 1769/2009, de 21 de septiembre de 2009.
- AAP Madrid 17478/2009, de 1 de diciembre de 2009.
- AAP Madrid 17157/2009, de 11 de diciembre de 2009.
- AAP Madrid 914/2010, de 15 de enero de 2010.
- AAP Barcelona 1123/2010, de 18 de febrero de 2010.

Audiencia Provincial (Sentencias).

- SAP Valencia 5584/1999, de 27 de septiembre de 1999.
- SAP Palencia 546/1999, de 18 de noviembre de 1999.
- SAP Santander 955/2000, de 28 de abril de 2000.
- SAP Cáceres 31/2003, de 21 de enero de 2003.
- SAP Coruña 268/2003, de 6 de febrero de 2003.
- SAP Valencia 5734/2003, de 26 de noviembre de 2003.
- SAP Barcelona 625/2005, de 24 de enero de 2005.
- SAP Málaga 994/2005, de 8 de marzo de 2005.
- SAP Sevilla 3261/2005, de 30 de noviembre de 2005.
- SAP Barcelona 5539/2006, de 27 de abril de 2006.
- SAP Córdoba 207/2007, de 12 de enero de 2007.
- SAP Tarragona 453/2008, de 7 de febrero de 2008.
- SAP Madrid 3188/2008, de 6 de marzo de 2008.
- SAP Zaragoza 581/2008, de 19 de marzo de 2008.
- SAP Barcelona 5653/2008, de 5 de mayo de 2008.
- SAP Vitoria 269/2008, de 11 de junio de 2008.
- SAP Madrid 17419/2008, de 17 de octubre de 2008.
- SAP Cáceres 328/2010, de 29 de abril de 2010.
- SAP Barcelona 11333/2010, de 17 de mayo de 2010.
- SAP Madrid 17914/2010, de 12 de noviembre de 2010.
- SAP Barcelona 11506/2010, de 30 de diciembre de 2010.

- SAP Madrid 1479/2011, de 4 de marzo de 2011.
- SAP Cádiz 1145/2011, de 9 de septiembre de 2011.
- SAP Madrid 15142/2011, de 28 de octubre de 2011.
- SAP Madrid 18979/2011, de 2 de diciembre de 2011.
- SAP Salamanca 797/2011, de 13 de diciembre de 2011.
- SAP Oviedo 2404/2011, de 30 de diciembre de 2011.
- SAP Girona 137/2012, de 28 de febrero de 2012.
- SAP Zaragoza 689/2012, de 9 de marzo de 2012.
- SAP Madrid 10583/2012, de 14 de junio de 2012.
- SAP Palencia 285/2012, de 18 de junio de 2012.
- SAP Barcelona 7006/2013, de 20 de marzo de 2013.
- SAP Barcelona 7212/2013, de 17 de junio de 2013.
- SAP Madrid 12076/2013, de 5 de julio de 2013.
- SAP Vitoria 692/2013, de 31 de julio de 2013.
- SAP Barcelona 11264/2013, de 28 de octubre de 2013.
- SAP Barcelona 13065/2013, de 30 de octubre de 2013.
- SAP Granada 1466/2013, de 8 de noviembre de 2013.
- SAP Madrid 20365/2013, de 16 de diciembre de 2013.
- SAP Bilbao 2755/2013, de 30 de diciembre de 2013.
- SAP Gran Canaria 448/2014, de 25 de febrero de 2014.
- SAP Sevilla 1568/2014, de 26 de marzo de 2014.
- SAP Castellón 399/2014, de 31 de marzo de 2014.
- SAP Toledo 464/2014, de 17 de junio de 2014.
- SAP Madrid 16543/2014, de 9 de diciembre de 2014.

Tribunal Superior de Justicia.

- STSJ Castilla-León 1871/2000, de 10 de abril de 2000 (sala de lo Social).
- STSJ Asturias 2924/2000, de 21 de julio de 2000 (sala de lo Social).
- STSJ Asturias 1019/2001, de 28 de febrero de 2001 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Cataluña 12810/2001, de 24 de octubre de 2001 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Galicia 9606/2001, de 18 de diciembre de 2001 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Asturias 4117/2002, de 19 de septiembre de 2002 (sala de lo Contencioso).

- STSJ Cataluña 2733/2004, de 27 de febrero de 2004 (sala de lo Social).
- STSJ Cataluña 2332/2005, de 24 de febrero de 2005 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Madrid 7230/2005, de 17 de junio de 2005 (sala de lo Social).
- STSJ Madrid 7794/2005, de 28 de junio de 2005 (sala de lo Social).
- STSJ Galicia 7436/2008, de 18 de diciembre de 2008 (sala de lo Contencioso).
- STSJ La Rioja 203/2009, de 19 de mayo de 2009 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Madrid 14880/2009, de 14 de diciembre de 2009 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Andalucía 2886/2010, de 4 de marzo de 2010 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Aragón 20/2010, de 24 de marzo de 2010 (sala de lo Contencioso).
- STSJ La Rioja 425/2010, de 21 de mayo de 2010 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Asturias 2773/2010, de 21 de junio de 2010 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Galicia 3463/2011, de 13 de mayo de 2011 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Madrid 7740/2011, de 13 de julio de 2011 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Madrid 3929/2014, de 9 de abril de 2014 (sala de lo Contencioso).
- STSJ Castilla-León 1697/2014, de 28 de abril de 2014 (sala de lo Social).
- STSJ Cataluña 9772/2014, de 7 de octubre de 2014 (sala de lo Social).

Juzgado de lo Mercantil.

- SJM Coruña 1/2005, de 18 de enero de 2005.