

¿Qué hacer ahora con la retribución de los consejeros ejecutivos?

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, interpretando la reforma de la normativa societaria de 2015, ha indicado que la retribución de los consejeros ejecutivos exige la constancia estatutaria y el sometimiento al límite global retributivo establecido por la junta general. El cambio respecto al criterio que, hasta la fecha, venía siendo el entendimiento común en este ámbito puede tener consecuencias en el plano societario y fiscal.

Sergio Sánchez. Procesal. Valencia

Gloria Marín. Fiscal. Madrid

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo por la Ley 31/2014 vino a dar una respuesta aparentemente definitiva a una cuestión —la retribución de los consejeros ejecutivos— que, según el sentir generalizado, no respondía a la realidad y necesidades de nuestras sociedades. Tras la reforma y de acuerdo con el criterio generalmente aceptado, confirmado por varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la retribución de los consejeros ejecutivos quedaba sometida, exclusivamente, al artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que exigía su establecimiento y determinación —incluyendo la eventual indemnización por cese en el desarrollo de las funciones— en un contrato previamente aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros sin intervención del interesado. Dicha retribución no debía cumplir, sin embargo,

el doble requisito establecido por el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, la constancia estatutaria del sistema retributivo y el respeto del límite global cuantitativo establecido por la junta general, que solo resultaría de aplicación a la retribución de las funciones colegiadas de los consejeros o a la retribución de los administradores cuando no adoptan forma colegiada (administrador único, solidario, mancomunado).

Este panorama, aparentemente pacífico, ha sido alterado por la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, que ha interpretado que también la retribución de los consejeros ejecutivos debe estar prevista en los estatutos y cumplir el límite global fijado por la junta general, a lo que ha de añadirse el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital a los que ya nos hemos

referido: contrato aprobado por el consejo de administración con los requisitos dispuestos por la norma.

Es oportuno indicar que la sentencia solo se refiere, razonablemente, a las sociedades no cotizadas. Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que su planteamiento se circunscribe al desempeño por los consejeros de funciones ejecutivas, y no a la realización de otro tipo de cometidos que podrían dar lugar a una relación contractual separada del cargo de administrador, posibilidad cuya licitud no ha sido puesta en entredicho.

Sin entrar a valorar los argumentos empleados por la sentencia (una revisión crítica exhaustiva puede encontrarse en C. PAZ-ARES: “Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018)”, *La Ley* 2567/2018), es oportuno realizar una breve valoración de su impacto en el marco anteriormente expuesto —retribución de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas—.

En el plano societario, conviene realizar un análisis particularizado que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada sociedad y, entre otras, la distribución del capital, la posible existencia de conflictos potenciales o actuales entre la mayoría y la minoría, y la práctica seguida por la sociedad. En cualquier caso, será necesario examinar los estatutos y valorar su posible modificación para adecuarlos al criterio de la sentencia. Igualmente, deberá revisarse el límite global retributivo establecido por acuerdo de la junta

general y, en su caso, promover un acuerdo que dé cobertura suficiente a las retribuciones previstas para los consejeros ejecutivos. No debe ignorarse, por otro lado, el riesgo de eventual reclamación de restitución de las retribuciones ya satisfechas que no se ajusten a los parámetros de la sentencia, riesgo que, en la práctica y dependiendo de las circunstancias concurrentes, puede ser más intenso o más remoto. Por ello, y sin restar relevancia a posibles argumentos de defensa —legítima confianza en la regularidad de la retribución y doctrina del enriquecimiento sin causa—, no puede descartarse la conveniencia de promover, si es posible, su ratificación por la junta general.

En cuanto al plano fiscal, es preciso recordar que, al tiempo que se llevó a cabo la reforma mercantil, también tuvo lugar la entrada en vigor de la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y que, en su artículo 15, cuando se relacionan los gastos no deducibles, se incluye en la letra e), relativa a los donativos y liberalidades, un inciso que aclara que “*no se entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad*”. En definitiva, la norma clarifica que no son liberalidades no deducibles las retribuciones percibidas por el administrador tanto por la realización de cometidos propios de una relación laboral ordinaria —cuya deducibilidad no ha planteado nunca dudas—

como por el desempeño de funciones de carácter ejecutivo —así, las de alta dirección—, y ello con independencia de que gocen o no de cobertura estatutaria.

A nuestro juicio, no cabe duda de que la finalidad de este inciso aclaratorio no es otra que la de poner fin a la controversia que, desde el lado fiscal, también había suscitado la remuneración de los administradores y consejeros que desempeñan funciones ejecutivas —que se habían venido calificando por la inspección como liberalidad no deducible cuando carecían de cobertura estatutaria—. Y por ello siempre hemos pensado que la letra f) añadida al elenco tradicional de gastos no deducibles en el artículo 15 de la nueva LIS (según la cual no serán deducibles los gastos «*derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico*») no debe ser óbice para admitir la deducibilidad de las retribuciones a esos administradores que desempeñan funciones ejecutivas en el día a día de la entidad.

Esta es, por lo demás, la interpretación que parece haber sostenido la Dirección General de Tributos hasta la fecha. Así, en su contestación a consulta vinculante n.º V4513-16, de 19 de octubre, en la que, en un caso en el que el órgano de administración estaba formado por cuatro administradores solidarios y los estatutos sociales determinaban que el cargo de administrador era retribuido, afirmó que las retribuciones percibidas por los administradores tanto “*por funciones de gerencia o dirección distintas de las funciones mercantiles de administrador*”, como por las

propias de administrador, serán gastos fiscalmente deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades, siempre que cumplan las condiciones legalmente establecidas, en los términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo y justificación, por cuanto dichos gastos no se entienden comprendidos en la categoría de donaciones y liberalidades del artículo 15 de la LIS”. Y en Resolución de 4 de abril de 2016, en relación eso sí con una cuestión completamente ajena a la que nos ocupa, aclaró que la letra f) del artículo 15 de la LIS hace referencia a aquellos gastos “*cuya realización está castigada por el propio ordenamiento jurídico, como es el caso de los sobornos, de manera que su realización es contraria al mismo y está penada*”. Para la Dirección General de Tributos, en esta Resolución, “*la realización del propio gasto, el gasto ilícito, y que, como tal, conlleva una pena, es el gasto que no resulta fiscalmente deducible. Dicha ilicitud, sin embargo, no puede atribuirse a la existencia de meros defectos formales, cuya subsanación resulte posible sin consecuencias gravosas*”.

A la luz de lo dicho, podría llegarse al entendimiento de que la retribución percibida por los administradores de cualquier tipo —esto es, incluso el administrador único, los solidarios y los mancomunados— por el desempeño efectivo de funciones ejecutivas es deducible en el Impuesto de Sociedades, aunque no esté prevista en los estatutos.

De ser correcta la afirmación anterior, habría que concluir que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no debería

tener ningún tipo de efectos en el ámbito tributario.

Suponiendo, no obstante, que llegara a entenderse que la deducción solo es admisible si la retribución es conforme a Derecho, la aplicación de la tesis sostenida por la citada sentencia podría llevar a concluir que la remuneración satisfecha a los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas solo es deducible si está prevista en los estatutos y respeta el límite global establecido por la junta general. Aunque lo cierto es que, incluso en ese caso, la deducibilidad de la remuneración

ya satisfecha antes de la sentencia que comentamos podría fundarse en el principio de confianza legítima, que también integra el ordenamiento jurídico.

Dicho todo esto, también desde el lado fiscal es necesario revisar la situación concreta de cada sociedad particular. Ya se sabe que a río revuelto, ganancia de pescadores, y que los órganos de inspección traten de pescar en las aguas de la retribución de los consejeros tras la sacudida que le ha dado la sentencia comentada es algo que, hasta la fecha, no se puede en absoluto descartar.