

Los límites de la retribución de los consejeros

Reflexiones a partir de una sentencia anunciada.

Juan Sánchez-Calero*

EXTRACTO

La retribución de los consejeros en las sociedades cotizadas es materia discutida, que ha devenido particularmente polémica al hilo de la crisis financiera. Estas páginas se hacen eco de algunas consideraciones contenidas en una información periodística que anunciaba que la Sala 3ª del Tribunal Supremo iba a hacer pública una decisión que suponía una severa restricción para la forma en que se establece la retribución de los consejeros.

PALABRAS CLAVE

Sociedades cotizadas, Tribunal Supremo, consejeros, retribución.

ABSTRACT

Directors' compensation in public corporations is a long discussed issue, that has become particularly controversial in the scope of the financial crisis. This pages acknowledge some comments included in a piece of news reporting that the Supreme Court was about to issue a judgement that would imply a revision the current directors compensation schemes.

KEY WORDS

Public corporations, Supreme Court, directors, compensation.

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
Hjscalero@der.ucm.es
[Hhttp://www.ucm.es/centros/webs/d321/](http://www.ucm.es/centros/webs/d321/)

La retribución de los consejeros en las sociedades cotizadas es un problema. Se trata de una afirmación que pocos discutirán, aunque muchos entenderán de forma diversa. Unos pensarán que es un problema de cuantía. Otros que esa cuantía, refleja un problema moral. Los beneficiarios de esas retribuciones criticarán el enfoque que se hace del asunto. Algunos de ellos alegarán que determinadas orientaciones legales o jurisprudenciales supone una constante intromisión en la intimidad de los directivos. Podríamos seguir enunciando posibles interpretaciones. Pero al hablar de un problema, trato de partir de una evidencia. El procedimiento de determinación de esa retribución, su cuantía, su percepción y su inserción en el gobierno de las grandes sociedades vienen mereciendo una especial atención por parte de la doctrina científica, en algunas relevantes sentencias de nuestros Tribunales y, cada vez más, por parte de los medios informativos. La actual e intensa crisis financiera es la causante de una sucesión de noticias que destacan las disparatadas retribuciones de gestores de entidades que se rescatan con fondos públicos, que se han visto abocadas a situaciones concursales o que, sencillamente, han desaparecido. O de noticias que reflejan la renuncia voluntaria a parte de esas retribuciones o a sus componentes principales. O, por último, de informaciones sobre decisiones gubernamentales y normativas que tienden a limitar esas retribuciones.

La observación de la realidad nos enseña que el corolario de esa información, que refleja un creciente malestar social en este asunto, suele ser la introducción de cambios normativos urgentes. Lo que implica responder a un problema creando otro, puesto que hace falta que los asuntos relevantes del régimen de las grandes empresas se regulen de manera ponderada, tras un adecuado trabajo legislativo, lejos de urgencias y prisas, de manera que las reglas que se aprueben no sirvan sólo para aplacar una determinada "*alarma social*" ante determinadas coyunturas y casos, sino que contribuyan a fijar un marco

legal que aporte certidumbre y que facilite el funcionamiento y la gestión empresarial. Ciertamente, esa pretensión depende también en notable medida de los principios gestores, de su prudencia al convenir esas retribuciones y de su admisión voluntaria –como sucede en notables casos- de una completa transparencia.

La opción española (y europea) es reciente y ha optado por mantener una suerte de autorregulación en esta materia, pues se respeta la libertad de determinar esa retribución en cada sociedad, aunque se introducen recomendaciones a favor de una mejor información sobre la retribución individual, es decir, la de cada uno de los consejeros. Es un enfoque con el que estoy conforme en cuanto a lo primero, pero discrepo con respecto a lo segundo. Me remito a las consideraciones que ya hice en un artículo reciente ([SÁNCHEZ-CALERO, RdS 28-2007](#)), en donde sostengo que la solución pasa por la exigencia de transparencia, entendida como que los accionistas sepan lo que percibe cada consejero de la sociedad, por todos los conceptos y cualquiera que sea el vínculo establecido con la empresa.

Creo que ese principio tan sencillo tiene una acogida en nuestro ordenamiento cuando el art. 130 de la LSA dice que la retribución de los consejeros deberá ser fijada en los estatutos. Esa determinación estatutaria supone, en primer lugar, la necesidad de una determinación de los conceptos retributivos. En segundo término, significa hacer efectivo el principio de la primacía de los accionistas sobre los administradores, que inspira la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), aunque su aplicación práctica de lugar a esa subversión del modelo, de manera que el control de la sociedad pase a sus gestores, en una "*revolución*" sobre la que tanto se ha escrito, desde la economía y la

gestión de la empresa y, por supuesto, desde el Derecho mercantil¹. En este caso, la fijación en los estatutos de la retribución de los administradores significa que es la Junta general la que, en último término, debe establecer los distintos medios de retribución de los administradores en esas grandes corporaciones.

El "Código Conthe" de 2006 ([Código Unificado](#)) prestó especial atención a la retribución de los administradores e incorporó la Recomendación europea de 2004 ([Recomendación 2004/913](#)) que buscaba avanzar en la transparencia sobre la retribución de cada uno de los consejeros, de la que traté en un artículo con Blanca Puyol ([SÁNCHEZ-CALERO/PUYOL, RDBB 96-2004](#)) . Esto debía llevar a abandonar esa forma de información que camufla retribuciones elevadas a favor de los consejeros ejecutivos y abona la creencia de que todos los consejeros se benefician en igual medida de esas importantes retribuciones.

El diario El Mundo abrió su edición del pasado lunes 12 de enero de 2009 con una noticia en portada y en lugar preferente, que titulaba: "*El Supremo pone coto a los pagos de las empresas a sus consejeros*". Un segundo titular explicaba que esa noticia arrancaba de una Sentencia que obligará a incluir la cuantía de las remuneraciones en los estatutos de la compañía para que estas retribuciones puedan ser fiscalmente deducibles. La cobertura de esta noticia se veía completada con un amplio editorial ("*Un avance hacia la transparencia empresarial*"; [Editorial](#)) y una detallada crónica de la periodista María Peral en la

¹ Dos referencias bastan de entre una ingente bibliografía: la autorizada reflexión del Profesor OLIVENCIA sobre el movimiento de buen gobierno como una "*contra-revolución*" que sirva para limitar el poder de los *managers*, "Manager's revolution/independents counter-revolution (Ensayo sobre una nueva fase en la evolución de la Sociedad Anónima)", en AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, 1996, p. 2173 y ss. y la más reciente revisión del Profesor GONDRA realiza en "El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones", RDM 269 (2008), p. 841 y ss.

Sección "*España*", que a su vez tenía como título "*El TS pone fin a la opacidad del sueldo de los consejeros*" (p. 10).

Para quienes seguimos la evolución del Derecho de sociedades, la información resultaba extremadamente interesante. Se trata de una noticia relevante en términos económicos y que afecta a los titulares del poder empresarial. Redacto estas consideraciones sobre una Sentencia de la que se dice que está a punto de ser hecha pública y en la que se establecerá una nueva doctrina que provocará la modificación de numerosos estatutos societarios. La amplia y cualificada cobertura prestada a esa noticia me lleva a preguntarme por el alcance de esa Sentencia anunciada y por la sociedad implicada.

Parece que la autora de la información, ha conseguido una primicia en beneficio de todos sus lectores. No se trata de un pronunciamiento de la Sala Primera, sino de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ha tenido que resolver un primer recurso de la Abogacía del Estado en torno a la posibilidad de que las sociedades lleven a cabo una deducción de la base imponible del Impuesto de Sociedades de las remuneraciones de los consejeros. Es una cuestión que enlaza con lo dispuesto en el art. 10.3 de la vigente Ley del Impuesto de Sociedades, que establece el principio de considerar, como regla general, gasto fiscal a cualquier gasto integrado en el resultado contable cuya deducibilidad no haya sido expresamente excluida por la norma tributaria. Es de suponer que la aplicación de ese precepto estará en el centro del razonamiento jurisprudencial, en una materia que en el ámbito tributario tampoco dista de ser pacífica, en la que se analiza con frecuencia en qué medida son o no gasto deducible las retribuciones de los administradores como "*un gasto más, requerido para obtener los ingresos de la sociedad*" (Consulta DGT-1 de febrero 2005).

Se anuncia en la información que esta Sentencia es la primera de otras que abordarán la misma cuestión y que, presumiblemente, seguirán similar criterio. También refuerza el interés de la noticia que estamos en un asunto en el que el criterio del Tribunal Supremo es contrario al mantenido por la Audiencia Nacional. Considera el Tribunal Supremo que no basta con que la retribución particular de los consejeros sea aprobada por la Junta, sino que lo esencial es, conforme a lo que establece el art. 130 LSA, la cobertura estatutaria a esa forma de remuneración. Tal cobertura ha de implicar, conforme a ulteriores informaciones, una fijación "*cierta*" de la retribución, lo que implica que la cuantía de la retribución se establezca en los estatutos "*de forma determinada o perfectamente determinable*" según una noticia complementaria de la misma informadora ("El TS exige que el sueldo de los consejeros se fije 'con certeza'" [Noticia El Mundo](#)). Habrá que analizar con detalle la Sentencia anunciada, porque esa orientación ya quedó esencialmente recogida en precedentes Sentencias de la misma Sección y Sala que ha pronunciado aquella (v. la reciente STS de 6 de febrero de 2008; RJ 2008,882), con referencias además a la doctrina fijada por la Sala 1ª, tendente a que precisen los estatutos "*el concreto sistema retributivo*" (STS de 12 de enero de 2007; RJ 2007/671; crítico con esa orientación en cuanto a la retribución de los consejeros ejecutivos – que es donde radica el problema retributivo real- se muestra el Profesor Paz-Ares en un reciente artículo [In Dret 1/2008](#)).

Parece que, al hilo de una discusión de naturaleza tributaria, se está planteando una determinada interpretación y aplicación de la legislación mercantil. Otra circunstancia de la orientación mantenida por el Tribunal Supremo con respecto a la posible deducción fiscal de las remuneraciones a los consejeros la encontramos en la información de El Mundo en la referencia a la retribución que se paga al consejero delegado de una sociedad, normalmente sobre la base de la existencia de un contrato laboral de alta dirección y de su afiliación a la

Seguridad Social. A este respecto, se dice que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Supremo, ha llegado también a la conclusión de que esa relación no es de naturaleza laboral, sino mercantil, de tal manera que esas retribuciones tampoco podrán ser tenidas en cuenta como gasto deducible salvo que se cumpla ese requisito de la determinación estatutaria.

Termina la información anunciándonos no sólo el futuro contenido de la Sentencia en la que se inspira la información, sino incluso una posible orientación jurisprudencial sobre la cuantía de las retribuciones. Se hace una pregunta concreta sobre la necesidad de retribuciones millonarias a los consejeros como presupuesto de la rentabilidad de la sociedad y se responde que al respecto, el Tribunal Supremo podría realizar en el futuro "*alguna indicación sugestiva*", cerrando la información con la cita de fuentes de la Sala que establecen la posibilidad de que en el futuro se aborde la limitación de la retribución de los administradores, de nuevo a los efectos de su deducibilidad tributaria.

Si lo que la información anuncia se confirma, estamos ante el preámbulo de una reforma indirecta y severa del régimen de retribución de los administradores. Puede cuestionarse que una resolución en materia tributaria condicione la regulación sustantiva, y a partir de ahí, reclamar una reforma normativa. Estaríamos ante esa forma de legislar que, por estar basada en la reacción frente a un caso concreto, he criticado. Aún así, no creo que ese sea el problema esencial. Éste radica, en mi opinión, en que el presupuesto de esa anunciada postura del Tribunal Supremo nos devuelve al debate acerca de la cobertura estatutaria de cualquier retribución. Sobre ello se ha escrito mucho y, sin duda, se va a escribir aún más, puesto que apunta a la regla conforme a la cual, sólo puede pasar como retribución aquello que los accionistas, por medio de los estatutos, hayan autorizado.