

Ad impossibilia nemo tenetur
(o por qué recelar de la novísima
jurisprudencia sobre retribución
de administradores)

Cándido Paz-Ares

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Abstract

Dos recientes sentencias de la Sala Tercera han dado una nueva vuelta de rosca al rigor que viene caracterizando la jurisprudencia de los últimos años en materia de retribución de administradores. El autor conjetura que esta vez el Tribunal Supremo puede haber ido demasiado lejos. En su opinión -y éste es el nervio de la crítica que desarrolla-, la nueva doctrina acaba por confrontar a los operadores con exigencias prácticamente imposibles de cumplir.

Two recent opinions of the Third Section of the Spanish Supreme Court have recently added a new twist to the rigor that has characterized its recent jurisprudence on corporate officer's compensation. The author claims that this time the Supreme Court might have gone too far. In his opinion – and this is the essence of the author's criticism – the new doctrine requires companies to meet certain challenges that are almost impossible to accomplish.

Title: Ad impossibilia nemo tenetur (or why to distrust the recent opinions on corporate officer's compensation)

Palabras clave: retribución de consejeros ejecutivos, "doctrina del vínculo"

Keywords: corporate officer's compensation, "doctrine of legal bound"

Sumario

- 1. Introducción: las sentencias, la norma societaria y los problemas**
- 2. Delimitación del ámbito objetivo de la norma: la "doctrina del milímetro"**
- 3. Delimitación del ámbito subjetivo de la norma: la "doctrina del vínculo"**
- 4. La peligrosa interacción de la "doctrina del milímetro" y la "doctrina del vínculo"**
- 5. Recapitulación: *summum ius, summa iniuria***
- 6. Bibliografía**
- 7. Tabla de resoluciones citadas**

1. Introducción: las sentencias, la norma societaria y los problemas

El 13 de noviembre de 2008, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictaba dos sentencias en materia de retribución de administradores llamadas a levantar polémica.¹ Una y otra razonan en paralelo para rechazar la deducibilidad fiscal de las cantidades satisfechas a los consejeros de una conocida compañía cervecera so pretexto de que responden a remuneraciones no plenamente conformes con sus previsiones estatutarias y/o se amparan en previsiones estatutarias no plenamente conformes con la ley. El hecho debía tener cierto morbo a juzgar por el lugar destacado que, cuando tuvo conocimiento de él, le dedicó *El Mundo* en su edición del pasado 12 de enero. La publicación de la noticia causó cierto revuelo en medios económicos y empresariales, pero lo que verdaderamente ha multiplicado la inquietud de las compañías y nos ha sumido a todos los juristas en la mayor perplejidad ha sido la posterior lectura de las resoluciones. La inquietud y la perplejidad no traen causa tanto de la concreta cuestión fiscal decidida (al fin y al cabo versa sobre la aplicación de un precepto de una Ley del Impuesto sobre Sociedades que ya no está en vigor), cuanto de la doctrina sustantiva sentada por el Tribunal Supremo en relación con la norma rectora de la retribución de administradores contenida en el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, que resulta traumática desde el punto de vista práctico e insólita desde el punto de vista jurídico. De esta doctrina se ocupan estas páginas.

Para que el lector menos familiarizado se sitúe en contexto, transcribiré el precepto y recordaré sucintamente el sentido que lo anima y los problemas que viene suscitando su interpretación. El artículo 130 LSA se limita a decir, en lo que aquí interesa, que “la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos”. El significado general del precepto es de una claridad meridiana. Con esa fórmula tan lacónica, la ley somete la materia retributiva a lo que los mercantilistas acostumbramos a denominar “reserva estatutaria”, cuyo objetivo –como fácilmente se comprende– es rodear la regulación de una cuestión tan sensible de todas las garantías. En efecto, dado que la aprobación de los estatutos corresponde a los accionistas, la “reserva estatutaria” determina que la competencia para establecer el régimen de la retribución de los administradores se residencie en el órgano soberano de la sociedad; y dado que el procedimiento de modificación de estatutos requiere cumplir algunos requisitos especiales (mayorías cualificadas, necesidad de informes previos, transparencia en el momento de la convocatoria, etc.), la “reserva estatutaria” determina que dicho régimen retributivo quede sujeto a ciertas exigencias de estabilidad e, inevitablemente también, de rigidez.

Pero si del significado general de la repetida “reserva estatutaria” descendemos al examen de su alcance particular, aquella claridad se desvanece súbitamente. El diablo siempre está en los detalles. La experiencia doctrinal y jurisprudencial muestra cuán controvertido ha sido el entendimiento del precepto que la consagra y cuántos vaivenes ha registrado su aplicación. Aun cuando no es el caso de exhumar aquí los pormenores de esa polémica histórica, no estará de más recordar sucintamente las grandes líneas de su evolución. Sólo así estaremos en condiciones de comprender el alcance de los pronunciamientos que ahora efectúa la Sala Tercera, en los que se

¹ SSTs, 3ª, Sec. 2ª, 13.11.2008 (RJ 2009\59) y 13.11.2008 (RJ 2009\453).

abordan los dos problemas principales que plantea la interpretación del art. 130 LSA: el primero se refiere a la delimitación del ámbito objetivo de la norma; el segundo, a la delimitación de su ámbito subjetivo.

2. Delimitación del ámbito objetivo de la norma: la “doctrina del milímetro”

El problema de la delimitación del ámbito objetivo de la norma consiste en discernir el alcance o contenido material de la “reserva estatutaria”: ¿hasta dónde llega? ¿qué abarca? La cuestión, como decía, ha sido objeto de notable controversia. No obstante, tras más de cincuenta años de análisis doctrinal y de aplicación jurisprudencial, se había alcanzado un consenso relativamente estable sobre la base de distinguir o separar conceptualmente dos aspectos en la cuestión retributiva: el *aspecto cualitativo* (modalidad de la retribución) y el *aspecto cuantitativo* (importe de la retribución).

2.1. De acuerdo con ese consenso, el art. 130 LSA exigiría que los estatutos recojan *la definición cualitativa de la remuneración* de los administradores estableciendo con claridad el concepto o conceptos retributivos que la integran (asignación fija, participación en beneficios, dietas, etc.). La “reserva estatutaria” determinaría, además, que los propios estatutos no puedan delegar dicha definición en instancias inferiores de la organización. La estructura del paquete retributivo del administrador ha de quedar enteramente predeterminada en la “carta magna” de la sociedad. La jurisprudencia ha tenido múltiples ocasiones de proclamar estos criterios, normalmente a propósito de intentos de “desestatutarización” de la materia, que ha zanjado de raíz. Así, no ha dudado en rechazar cláusulas estatutarias que disponían que “la retribución del órgano de administración de la sociedad será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general”² u otras de significación similar³. Tampoco ha permitido el recurso a vías indirectas que podrían conducir a resultados semejantes, como es, por ejemplo, la de prever en los estatutos un sistema retributivo cuya aplicación se deja a discreción de la junta⁴ o la de contemplar en ellos diversas formas o modalidades de retribución habilitando a otros órganos de la sociedad para que en cada caso opten por uno o varios. La posibilidad de recoger en los estatutos varios conceptos o partidas retributivas siempre se ha supeditado a que operen cumulativamente, no alternativamente⁵. Estos puntos de vista han sido secundados, con escasos matices, por la doctrina.

² RDGRN 15.10.1998 (RJ 7226).

³ RRDGRN 26.4.1989 (RJ 3407); 18.2.1991 (RJ 1686); 20.3.1991 (RJ 2626); 23.2.1993 (RJ 1360); 15.4.2000 (RJ 5814); y STS, 3ª, Sec. 2ª, 6.2.2008 (RJ 882).

⁴ RDGRN 17.2.1992 (RJ 1531).

⁵ SSTS, 1ª, 21.9.2005 (RJ 4132) y 12.1.2007 (RJ 671); STS, 3ª, Sec. 2ª, 6.2.2008 (RJ 882); RRDGRN 18.2.1991 (RJ 1686); 20.3.1991 (RJ 2626); 25.3.1991 (RJ 2628); 26.7.1991 (RJ 5448); 4.10.1991 (RJ 7492); 12.4.2002 (RJ 8096); etc.

2.2. Los estatutos, sin embargo, no tendrían que anticipar, siempre con arreglo a aquel consenso básico, *la determinación cuantitativa de la retribución de los administradores*. La concreción de la cantidad que corresponde satisfacer por cada concepto retributivo previsto quedaría fuera de la “reserva estatutaria”; estaría encomendada a instancias inferiores de la organización⁶. La fijación del techo o límite máximo de la retribución correspondería en todo caso a la junta general⁷. No podría ser delegada en el mismo órgano retribuido por razones elementales, en último caso reconducibles a la regla general prohibitiva de la autocontratación. Nada obstaría, sin embargo, para dejar en manos del propio órgano de administración la fijación, dentro del límite máximo definido por la junta o eventualmente establecido en los estatutos, del importe a satisfacer en cada ejercicio y su distribución entre los distintos miembros. Huelga decir que en esta delimitación o acotación de la “reserva estatutaria” pesaron decisivamente razones de practicabilidad.

La única modulación de este criterio general se produce cuando el sistema de retribución se basa en una participación en beneficios, en cuyo caso el porcentaje debe quedar establecido en los estatutos por expresa exigencia del segundo inciso del art. 130 LSA. La discusión aquí es si los estatutos han de fijar el porcentaje exacto (según reclama una vieja orientación de la jurisprudencia registral⁸) o basta con que fijen un porcentaje máximo (como es frecuente en la práctica y, a nuestro modo de ver, coherente con la finalidad de la norma⁹). Debo confesar que jamás he podido entender por qué la Dirección de los Registros le ha puesto la proa a la fijación de límites máximos. La sociedad y los socios nunca van a verse perjudicados por semejante previsión; si acaso, pueden resultar beneficiados. Un titular como el que leo en la prensa económica de estos días difíciles para las entidades de crédito -“El Consejo de Bankinter rebaja su remuneración un 25%”- no sería posible¹⁰. Alguien replicará que los beneficiarios de esta doctrina son los propios administradores, a quienes trata de protegerse de posibles conductas oportunistas del órgano llamado a concretar el porcentaje dentro del límite establecido. Ahora bien, el argumento se neutraliza fácilmente. Basta con tener en cuenta las siguientes circunstancias: (i) que los administradores han contratado sabiendo de antemano la regla a que estaba sometida la determinación de su retribución; (ii) que el órgano encargado de fijar el porcentaje a satisfacer dentro del máximo no puede obrar arbitrariamente, conculcando la

⁶ Más aún, la cuantificación exacta de la retribución en la carta estatutaria sería incompatible con su función de norma general: “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” (RDGRN 19.3.2001, RJ 2185).

⁷ V., por ej., RDGRN 19.3.2001 (RJ 2185); 12.4.2002 (RJ 8096); STS, 1ª, 21.4.2005 (RJ 3142).

⁸ V., por ejemplo, RDGRN 20.2.1991 (RJ 1690).

⁹ Es reveladora en este sentido la STS, 1ª, 27.3.1984 (RJ 1440).

¹⁰ *Expansión*, 21.2.2009, p. 15.

confianza legítima y el principio del *quantum meruit* (art. 1258 CC); (iii) que siendo además el mismo consejo el órgano normalmente apoderado para la determinación, es difícil imaginar que lo haga; y (iv) que el propio sistema no ha opuesto reparos a cláusulas de reparto discrecional sobrevenido potencialmente aptas para menoscabar los derechos y expectativas individuales de los administradores, que jamás han sido puestas en entredicho (es significativo, por ejemplo, el art. 124.3 RRM, que habilita a los estatutos para que el propio consejo distribuya entre sus miembros la suma retributiva conjunta como le parezca conveniente).

2.3. Pues bien, en este estanque relativamente tranquilo irrumpen ahora de manera inopinada las sentencias de la Sala Tercera removiendo todas las aguas. Contra todo pronóstico, las resoluciones objeto de examen presuponen, en efecto, que la definición cuantitativa de la retribución entra de lleno también en la “reserva estatutaria”. El juzgador parece haber sucumbido al encanto lógico del concepto de “determinación negocial” consagrado por el art. 1273 CC. Según leemos en los fundamentos jurídicos de ambas sentencias, los estatutos necesariamente han fijar el importe exacto de las retribuciones –ni siquiera es suficiente con que fijen el máximo- o lo que, analítica y operacionalmente es lo mismo, una fórmula de cálculo “que permita determinarlo perfectamente, sin ningún margen de discrecionalidad”. Las resoluciones proscriben, en particular, las cláusulas estatutarias que establezcan un sistema retributivo basado en una asignación anual fija (aspecto cualitativo) “cuya cuantía ser[ía] asignada por la propia junta general ordinaria de accionistas de cada año” (aspecto cuantitativo)¹¹. De este modo, la Sala Tercera viene a advertirnos que ahora la regularidad y validez de las retribuciones de los administradores depende de que el *quantum* esté fijado al céntimo en los estatutos o, lo que es equivalente conforme al mencionado art. 1273 CC, de que pueda determinarse milimétricamente conforme a la fórmula de cálculo en ellos prevista.

2.4. Con este singular planteamiento, que denominaremos “doctrina del milímetro” por no dejar ni ese espacio para la intervención de otras instancias en la cuantificación de la retribución, el Alto Tribunal deja abierta la llave del gas. Es cierto que su interpretación cabe en el tenor literal del art. 130 LSA, concedemos incluso que sea lógicamente elegante o conceptualmente pura, pero esto en absoluto la inmuniza frente a la crítica. En mi opinión, desde luego, un razonamiento de esa índole resulta inaceptable por muchas y variadas razones, de las que aquí destacaré sólo tres: inconsistencia con el sistema legal; inconsistencia con la tradición; y, sobre todo, inconsistencia con la razón práctica.

¹¹ Uno de los magistrados firmantes de las sentencias de la Audiencia Nacional casadas por el Tribunal Supremo por medio de las que son objeto de examen no pudo ocultar su irónica sorpresa ante esta conclusión: “Parece un poco fuerte, porque la Ley de Bases puede delegar en un Decreto Legislativo, el Estado puede asignar a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias exclusivas, la ley puede habilitar al reglamento, uno se puede casar por poderes, pero lo que nunca es admisible es que la junta general, órgano soberano de la sociedad, pueda concretar el detalle de esa remuneración” (NAVARRO SANCHÍS, “Retribución al administrador ¿gasto deducible? (I)”, *El Economista* 26.1.2009, p. 2).

a) Inconsistencia con el sistema legal

El art. 130 LSA no es una norma desgajada y a la deriva. Su interpretación no puede aislarse del contexto normativo y valorativo en que se inserta. Para que el lector pueda acompañarme a donde quiero llegar, es útil recordar que históricamente ya se planteó la cuestión acerca de si la “reserva estatutaria” del art. 74 de la LSA de 1951 (de igual tenor al art. 130 LSA) comprendía también la vertiente cuantitativa de la retribución, como ahora postula la Sala Tercera, y que se resolvió en sentido inequívocamente negativo tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, como en la praxis societaria. Sirvan como botón de muestra estas palabras que entresacamos de la obra entonces de referencia: “una vez fijado en los estatutos el criterio o sistema de retribución – escribía Joaquín GARRIGUES-, será la junta general la encargada de fijar la cuantía de esa retribución”. “Otra interpretación de la ley –agregaba más adelante- conduciría al absurdo de que, una vez establecido el sueldo o las dietas en los estatutos, fuera necesario modificar éstos todas las veces que la junta general acordase variar la cifra de la retribución”¹². Pues bien, lo que ahora interesa subrayar es que esta interpretación no es, a la fecha de hoy, una más entre tantas posibles, sino la única legítima por haber sido objeto de confirmación auténtica por parte del propio legislador en la reforma societaria de 1989. La reforma no afectó ciertamente al art. 130 LSA, que reprodujo *ad pedem litterae* la dicción del antiguo art. 74 LSA de 1951. Pero en cambio sí se extendió al art. 9 LSA, que de alguna manera nos proporciona el *Hinterland* para afinar la comprensión de aquél. La letra h) del mencionado art. 9 es muy elocuente: no dice ya que en los estatutos deba constar la “retribución de los administradores”, como dice el art. 130 LSA, sino sólo “el sistema de retribución”¹³. Este cambio o giro expresivo –en lugar de hablar de “retribución” se habla de “sistema de retribución”- no puede entenderse, según siempre ha sido pacífico, más que en el sentido de limitar la “reserva estatutaria” a la que hemos denominado vertiente cualitativa de la retribución. El *quantum* queda fuera¹⁴.

¹² GARRIGUES y URÍA (1976, p. 92).

¹³ En realidad, la letra h) del art. 9 LSA no hizo más que “legalizar” la interpretación reglamentaria que previamente había hecho el art. 102 RRM de 1956, el cual establecía que el objeto de la previsión estatutaria del viejo art. 74 LSA 1951 no era propiamente “la retribución” de los administradores, sino su “forma de retribución”. El reglamento vigente sigue en la misma dirección, sólo que sustituye la vieja expresión “forma de la retribución” por la semánticamente equivalente de la letra h) del art. 9 “sistema de retribución” (v. art. 124.3 RRM).

¹⁴ Por lo demás, existen muchas otras normas en nuestro sistema que presuponen que la fijación de la determinación de la cuantía retributiva, sea directamente mediante la fijación de su importe exacto o indirectamente mediante el establecimiento de una fórmula matemática de cálculo, no corresponde a los estatutos, sino a otras instancias dentro de la organización (v., por ejemplo, arts. 116 bis i) LMV, 66.3 LSRL o el propio segundo párrafo del art. 130 LSA, que encomienda a la junta la determinación del importe máximo de la retribución consistente en *stock options* o similares, dentro del cual el consejo establecerá la cantidad y la distribución que considere oportunas).

b) Inconsistencia con la tradición y los precedentes

Cada juez –para utilizar la célebre metáfora de DWORKIN- escribe un capítulo de una larga novela y, en ese ejercicio, está sujeto a la misma restricción que impone el relato literario: que cada capítulo sea coherente con los que le preceden. La trama puede desarrollarse de otra manera e incluso tomar una dirección aparentemente insospechada, pero siempre ha de ser consistente con alguna huella o aviso. Pues bien, francamente no me parece que el capítulo escrito ahora por la Sala Tercera tenga nexo de unión o se inserte de manera continua en el relato anterior, lo que puede ser objeto de especial reproche en el campo de las relaciones económicas y empresariales (“el sistema económico –decía MAX WEBER- necesita un derecho que pueda calcularse como una máquina”). De hecho, el cambio de criterio que introduce la “doctrina del milímetro” ni siquiera aparece especialmente motivado. Todo el razonamiento que efectúa la Sala Tercera se limita a la invocación de un paso de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de abril de 2005 en la que se recordaba que la retribución de los administradores debe constar “con certeza” en los estatutos¹⁵. Pero esas dos palabras desnudas no pueden servirle de coartada o tabla de salvación. La “certeza” no ensancha el ámbito de la “reserva estatutaria”; simplemente lo cualifica¹⁶.

¹⁵ V. STS, 1ª, 21.4.2005 (RJ 4132).

¹⁶ Para refutar nuestra crítica, tal vez alguien quisiera argüir que la “doctrina del milímetro” guarda un cierto parentesco con algunos planteamientos de la jurisprudencia registral, que tradicionalmente venía rechazando las previsiones estatutarias que no estableciesen “como mínimo unos criterios o líneas básicas con arreglo a los cuales haya de cuantificarse la misma, pues en caso contrario quedaría al arbitrio de la junta su real existencia en perjuicio del derecho de los administradores a percibirla” (v., por ej., RDGRN 12.4.2002, RJ 8096). Pero nuestro imaginario interlocutor se equivocaría de plano. No existe ningún parentesco entre ambas orientaciones, y si existe es talmente lejano o remoto que no afecta al argumento. La fórmula genérica de la Dirección General –“criterios o líneas básicas”- poco tiene que ver con la fórmula milimétrica exigida por la Sala Tercera. Con todo, no estará de más observar que incluso en sus términos considerablemente más moderados, la posición del Centro Directivo no resulta adecuada (como lo prueba ahora el art. 66.3 LSRL). La razón que ha movido a la Dirección de los Registros a exigir constancia estatutaria de esos “criterios o líneas básicas” es la de evitar, en garantía de socios y administradores, la total discrecionalidad de la junta. En nuestra opinión, sin embargo, para ese viaje no eran necesarias estas alforjas. Nuestra idea –como se ha adelantado ya (v. *supra* 2.2)- no es que sean innecesarios parámetros objetivos de referencia porque deba admitirse la posibilidad de que la junta decida a su completo arbitrio o capricho, sino porque de la propia ley y, específicamente, de la cláusula de interés social (art. 115.1 LSA) y de la buena fe (art. 1258 CC), se desprenden criterios suficientes para limitar la discrecionalidad y someter a control las decisiones que no superen el test de razonabilidad o proporcionalidad. Desde esta óptica, es obvio que la remuneración de los servicios prestados por el administrador –como la de los prestados por el dentista, el fontanero o cualquier otro profesional- debe realizarse “de acuerdo con la actividad que desarrollen en la entidad”. Tan elemental es este parámetro –equivalente al clásico *quantum meruit*- que resulta ocioso exigir su constancia expresa en los estatutos. Está ya implícito en el sistema. Éste es al final el resultado al que se ha visto obligada a llegar la propia Dirección General de Registros. Es ilustrativo un caso más reciente en que el Registrador Mercantil había denegado la inscripción de una cláusula estatutaria por no contener –según exigía la doctrina tradicional del Centro Directivo- parámetros objetivos de referencia. La cláusula en cuestión rezaba así: “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” Pues bien, la RDGRN 12.11.2003 (RJ 7684) juzgó improcedente la calificación del Registrador y ordenó la inscripción. Interpreto esta resolución como un punto de inflexión en la rigidez de su doctrina más clásica. Y no se diga –como sostuvo la resolución-

c) Inconsistencia con la razón práctica

La necesidad de cuantificar exactamente en los estatutos el importe de la retribución o de establecer una fórmula de cálculo que permita establecerlo milimétricamente, sin un ápice de discrecionalidad por parte de quien está llamado a realizar la operación, es -como seguramente habrá advertido el lector más versado en asuntos corporativos- inviable prácticamente. Más adelante volveré sobre este punto detallando los problemas insalvables que genera (v. *infra* 4.2). En este momento, es oportuno recordar que las exigencias de la razón práctica no pertenecen a un orden judicial o normativo separado –o radicalmente separado- del derecho, como a veces nos ha hecho creer el positivismo más desafortunado. El razonamiento jurídico, aunque goza de una cierta autonomía, no está desgajado del razonamiento práctico. Al juez no le pedimos sólo soluciones formalmente conformes a la ley; también le pedimos soluciones materialmente razonables. “La necesidad del derecho –como dice ALEXY- no significa decir adiós a la razón”¹⁷. Bajo esta perspectiva, las sentencias que comentamos merecen más de un reparo. En sus largas páginas, no contienen ni un solo párrafo en el que la Sala reflexione mínimamente sobre la idoneidad, la necesidad y/o la proporcionalidad de la solución que ofrece para ordenar convenientemente la cuestión retributiva de las sociedades anónimas. El Tribunal parece contentarse con un ejercicio meramente lógico basado en el concepto de “determinación negocial”, aunque quizá también ha podido pesar en su ánimo la idea –a mi juicio, profundamente incorrecta- de que su interpretación del art. 130 LSA es la precisa para salvaguardar la transparencia de las retribuciones y el control de sus excesos, fiando de este modo a la “reserva estatutaria” toda la protección e ignorando que la ley dispone de otros mecanismos más adaptados y menos perturbadores para reprimir los abusos que puedan producirse (impugnación de acuerdos de junta o de consejo por lesión del interés social, exigencia de responsabilidad a los administradores por infracción de sus deberes fiduciarios; obligaciones de transparencia, etc.)¹⁸.

En definitiva, si se me permite la exageración, veo la “doctrina del milímetro” como el producto de un delirio de abstracta perfección, que ni viene reclamado por las palabras de la ley ni se corresponde con las expectativas de sus destinatarios fundadas en la práctica precedente ni, en fin, se acomoda a las exigencias de la realidad a la que se aplica. Tan extremo es el rigor que recuerda o evoca el famoso *fiat iustitia et pereat mundus*.

que en este caso constaba estatutariamente un criterio de cálculo –el parámetro “de acuerdo con la actividad que desarrolle en la entidad”- puesto que una referencia genérica de esta índole no agrega nada a la regla de proporcionalidad implícita en el sistema societario (arts. 115.1 LSA) y contractual (arts. 1258 y 1287 CC).

¹⁷ ALEXY (2005, p. 84).

¹⁸ Tampoco es de descartar que el razonamiento se haya visto algo condicionado asimismo por el alcance fundamentalmente tributario de la cuestión a dilucidar y por la propia noción de “obligatoriedad” de la retribución que utilizaba el precepto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978, hoy derogado.

3. Delimitación del ámbito subjetivo de la norma: la “doctrina del vínculo”

El segundo problema que plantea la interpretación del art. 130 LSA es de muy distinta naturaleza. No se trata ahora de discernir qué dispone el precepto –cuál es el alcance objetivo de la “reserva estatutaria”–, sino de delimitar su ámbito de aplicación subjetivo y, en suma, de valorar si se aplica también a los llamados consejeros ejecutivos.

3.1. Tradicionalmente, se había entendido que el precepto y la “reserva estatutaria” que contiene sólo eran de aplicación a la retribución de los consejeros *qua* consejeros, pero no extendía su imperio a la retribución de los consejeros *qua* ejecutivos. La retribución de los consejeros ejecutivos se regularía *aliunde*, en los contratos de servicios de alta dirección que se conciertan cuando el consejo delega en algunos de sus miembros facultades de gestión y correlativamente incrementa sus deberes de prestación (ya no se trata de reunirse ocho o diez veces al año, sino de trabajar todos los días desde que sale el sol hasta que se pone, y más). Esto explica la práctica inveterada de nuestras sociedades, conforme a la cual la remuneración de los consejeros ejecutivos (señaladamente, la del consejero delegado y la del presidente ejecutivo) era fijada por el propio consejo, al margen de cualquier previsión estatutaria, del mismo modo que fijaba la del director general o la de otros altos directivos.

3.2. Es sabido que esta interpretación tradicional entra en crisis y comienza a retroceder a partir de los años 90 por obra de la jurisprudencia de la Sala Cuarta, que sienta las bases de lo que más tarde se conocerá como “doctrina del vínculo”. El corazón de esta doctrina –explicada y documentada en el fundamento jurídico octavo de las sentencias comentadas con envidiable pulcritud– es claro: dado que la prestación de servicios ejecutivos a que obliga la relación laboral de alta dirección coincide con la debida en virtud de la aceptación del cargo de administrador y dado que, por elementales imperativos de la lógica, no pueden coexistir dos títulos jurídicos distintos –uno laboral y otro societario– para gobernar la misma actividad, debe optarse por uno solo de ellos. La jurisprudencia laboral opta por dar prioridad a la relación societaria en atención al vínculo orgánico que une al administrador y la sociedad, con el resultado de dejar sin efecto la relación laboral yuxtapuesta y, por ende, las retribuciones contempladas en ella, a no ser –claro está– que pudiesen redimirse y mantenerse en pie por gozar de amparo o cobertura estatutaria. La jurisprudencia del vínculo ha tenido en la Sala Cuarta una evolución muy accidentada, plagada de vaivenes y excepciones. Lo cierto y verdad, sin embargo, es que, finalmente, acaba prevaleciendo y siendo acogida también por la Sala Primera (son particularmente elocuentes a este respecto las sentencias de 21 de abril de 2005 y 12 de enero de 2007)¹⁹ y por la Sala Tercera, como revelan las sentencias a propósito de las cuales han surgido estas líneas.

En mi opinión, la “doctrina del vínculo”, a pesar de su apariencia impecable, descansa sobre una falacia o, más exactamente, sobre un error, que es juzgar por el mismo rasero las formas simples de organizar la administración de una sociedad –administrador único, administradores solidarios

¹⁹ SSTS, 1ª, 21.4.2005 (RJ 4132) y 12.1.2007 (RJ 671); v. también SSTS, 1ª, 24.10.2006 (RJ 6710); 24.4.2007 (RJ 2418); 27.4.2007 (RJ 2392); y 31.10.2007 (RJ 6816).

y administradores mancomunados- y las formas complejas –el consejo de administración. En las formas simples, es indudable que la función ejecutiva –como sostiene la “doctrina del vínculo”- pertenece al “cometido inherente al cargo de administrador”. Es lógico, por tanto, que no se admitan en ellas ni la doble relación ni la doble retribución. No sucede así, sin embargo, en las formas complejas. La experiencia corporativa y la teoría económica de las organizaciones muestran que la función ejecutiva no pertenece al “cometido inherente al cargo de miembro del consejo de administración o consejero”. Lo único que pertenece al cometido inherente del cargo de consejero –y, por ende, lo único que necesita cobertura estatutaria para su retribución conforme al art. 130 LSA- es la *función deliberativa*, que se desarrolla de manera intermitente y colegiadamente²⁰. La función ejecutiva que pueda atribuirse a algunos consejeros no deriva de –y se desempeña en- su calidad de consejeros, sino de su calidad de “delegados”, que es decidida autónomamente y así debe ser retribuida por el propio consejo (art. 141 LSA). No es éste, sin embargo, el momento de detenerse en la crítica de la “doctrina del vínculo” y de desarrollar la tesis alternativa apuntada. El lector interesado o simplemente curioso tiene a su disposición el extenso estudio que recientemente he dedicado a la cuestión²¹.

3.3. Lo que ahora conviene recordar es que, durante estos últimos años, ante la progresiva afirmación de la “doctrina del vínculo”, muchas compañías reaccionaron modificando sus estatutos y previendo en ellos –de una u otra manera- que sus consejeros ejecutivos tenían derecho a una retribución adicional a la que perciben los consejeros ordinarios. El objetivo perseguido era obtener cobertura estatutaria y, con ella, el *placet* de los accionistas para las tradicionales remuneraciones “contractuales”. Las diferencias fundamentales que se observan entre las previsiones estatutarias relativas a la retribución específica de los consejeros *qua* ejecutivos y las relativas a la retribución general de los consejeros *qua* consejeros residen (a veces) en un menor nivel de desagregación de los conceptos retributivos de aquéllas y (casi siempre) en que la facultad de su determinación o cuantificación se atribuye –implícita o explícitamente- al consejo. Ambas “diferencias” están más que justificadas: la primera, por la mayor complejidad y la permanente necesidad de adaptación que tienen retribuciones específicas de los consejeros ejecutivos; la segunda, porque en esta clase de retribuciones desaparece el problema estructural de la autocontratación que aqueja a las retribuciones generales de todos los consejeros y que hacía ineludible residenciar dicha competencia en la junta general. Ahora quien remunera a los consejeros ejecutivos –sin su participación en la decisión por imperativo del art. 127^{ter} LSA- es el resto del consejo, el mismo que decide delegarles sus facultades ejecutivas y fijar las condiciones de su desempeño (art. 141 LSA)²².

²⁰ Lo que denomino “función deliberativa” coincide con aquello que, desde la publicación del Informe Olivencia, se conoce en nuestra práctica como *función general de supervisión*, comprensiva a su vez de la función estratégica y de la función de control del consejo.

²¹ V. PAZ-ARES (2007, pp. 15 y ss.); igualmente accesible en www.indret.com. Este trabajo resume también de manera completa la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, razón por la cual hemos descargado el presente comentario del correspondiente aparato de apoyo.

²² Es de destacar que incluso las voces más autorizadas dentro de la “doctrina del vínculo”, sin llegar a abdicar de

3.4. Pues bien, ¿cómo se posicionan en este contexto las sentencias de la Sala Tercera objeto de nuestra glosa? Ya lo hemos adelantado: con una adhesión inquebrantable a la “doctrina del vínculo”. Las dos resoluciones de 13 de noviembre de 2008 concluyen afirmando sin más que la relación de alta dirección y el régimen retributivo contractualmente pactado del consejero delegado de una importante empresa española “carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos tributarios, pues infringe la exigencia del artículo 130 LSA de que la retribución de los administradores sea fijada en los estatutos”. La impresión que obtiene uno de la lectura del fundamento jurídico octavo de las sentencias comentadas es que la Sala Tercera podría ser incluso “más papista que el Papa”, por lo que cabe conjeturar que ni siquiera estará dispuesta a admitir las “diferencias” de rigor en la cobertura estatutaria de las retribuciones de los consejeros ejecutivos a que se ha aludido en el apartado anterior. Si es así, esta adhesión incondicional y sin titubeos a la “doctrina del vínculo” nos proporciona la chispa en este pequeño relato.

4. La peligrosa interacción de la “doctrina del milímetro” y la “doctrina del vínculo”

Siendo graves por separado cada uno de los puntos de vista sostenidos por la Sala Tercera en relación con los dos principales problemas suscitados en la interpretación del art. 130 LSA –la “doctrina del milímetro” para delimitar su ámbito objetivo y la “doctrina del vínculo” para delimitar su ámbito subjetivo–, lo que verdaderamente resulta explosivo en su mezcla o combinación. Ésta es la novedad inquietante que quería resaltar en este comentario. La interacción del gas abierto y la chispa puede resultar, en efecto, devastadora para las prácticas retributivas de las empresas españolas, sobre todo de las de mayor tamaño y complejidad. Nuestra preocupación no son las cuentas corrientes de los consejeros ejecutivos, sino la creación de valor para los accionistas, que depende críticamente de los sistemas de incentivos provistos por la remuneración acordada. Una investigación empírica realizada hace algún tiempo ponía de manifiesto que si el 20% del rendimiento de una empresa puede atribuirse al clima económico general y hasta el 45% a la industria en que opera, el porcentaje residual de creación de valor –alrededor del 35%– se debe al primer ejecutivo y al *senior management*²³. Un acertado diseño de los esquemas de remuneración se revela, así pues, crucial para la productividad de toda la

sus presupuestos de partida, abogan por la necesaria flexibilización de sus términos, en la línea pragmática de las “diferencias” señaladas en el texto. Debe citarse aquí el estudio más reciente del Magistrado de la Sala Cuarta, Aurelio DESDENTADO, seguramente el autor que de manera más coherente e inteligente ha defendido la “doctrina del vínculo”, cuya conclusión es muy clara: “hay que procurar abrir cauces para las legítimas pretensiones de establecer una regulación realista del régimen profesional ajustada a las exigencias del mercado y al interés social” [DESDENTADO y LIMÓN (2008, pp. 1839-1840]; v. también, en la misma estela “flexibilizadora”, MARÍN DE LA BÁRCENA (2007, pp. 431-434).

²³ “The Curse of Charisma”, *The Economist*, 7.9.2002, p. 58.

organización²⁴.

4.1. Pues bien, si los paquetes retributivos de los consejeros ejecutivos –que son, insisto, los primeros ejecutivos de nuestras sociedades- tienen que quedar entera y milimétricamente predeterminados en los estatutos, el colapso o el declive puede sobrevenir en cualquier momento. Mi conjetura es que nadie se salvará de la quema. Las consecuencias serán inevitablemente dramáticas, tanto si se miran retrospectivamente como prospectivamente. Retrospectivamente, porque las retribuciones percibidas en el pasado, al no haber estado predeterminadas al milímetro en los estatutos (no creo que exista una sola sociedad en la que esto suceda), corren el riesgo de considerarse indebidamente satisfechas con resultados inciertos y jurídicamente imprevisibles²⁵. Prospectivamente, porque tanto las sociedades como sus ejecutivos se hallan de cara al futuro en un callejón sin salida debido a la imposibilidad práctica de articular una previsión estatutaria que cubra todas las exigencias o requerimientos impuestos por la Sala Tercera. Aunque quisieran, no podrían.

4.2. “Aunque quisieran, no podrían”. Justamente éste es el punto a partir del cual se hace transparente la tesis central de estas páginas, ya anunciada en el título que las encabeza: *ad impossibilia nemo tenetur*. Porque, efectivamente, si nadie está obligado a hacer lo imposible, la doctrina consagrada por la Sala Tercera se ve privada de buena parte de su “normatividad”. Más arriba adelanté la inconsistencia de dicha doctrina con las exigencias de la razón práctica (v. *supra* 2.4 c). Ahora es el momento de detallar las razones que justifican aquel punto de vista crítico y, en última instancia, la imposibilidad o inviabilidad práctica de los planteamientos patrocinados por el Tribunal Supremo en las sentencias en cuestión. Todas ellas están vinculadas a distintas características o propiedades de los paquetes retributivos de los primeros ejecutivos de grandes empresas, que los hacen inidóneos para ser preconfigurados estatutariamente en los exigentes términos –cualitativos y cuantitativos- proclamados por la Sala Tercera. Veámoslo más de cerca.

²⁴ Como ha señalado uno de los mejores especialistas en la materia, “*the activities of top management are magnified geometrically because they affect recursively the productivity of those who work below them in the organization*” [ROSEN (1999, p. 320)]. Más indicaciones en THOMAS (2004, pp. 102 y ss.).

²⁵ He aquí algunas cuestiones que cabría plantear: (i) ¿significa esto que habría que rehacer las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades realizadas en años anteriores?; (ii) ¿significa que la sociedad podría reclamar de la Hacienda las retenciones practicadas e ingresadas?; (iii) ¿significa que la compañía podría exigir de la Seguridad Social las cotizaciones asociadas a los contratos de alta dirección concertados con sus consejeros ejecutivos? (estas preguntas se las formula F.J. NAVARRO SANCHÍS, “Retribución al administrador ¿gasto deducible? (y II)”, *El Economista* 2-II-2009, p. 2); (iv) ¿significa que los administradores deben restituir a la sociedad las retribuciones percibidas? Planteo esta última cuestión retóricamente porque, a decir verdad, no creo que en la práctica pudiera llegarse a un resultado tan extremo. Una eventual pretensión de restitución podría neutralizarse sólidamente apelando a la protección dispensada, registralmente, por el principio de legitimación (“los asientos producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud de nulidad” y “no perjudicará los derechos de terceros de buena fe”: v. art. 20 C de C) y, materialmente, por la doctrina del enriquecimiento injusto (si los administradores deben restituir sus emolumentos, ¿quién les restituye a ellos sus servicios?).

a) El carácter complejo de los paquetes retributivos

Las retribuciones de los consejeros ordinarios son relativamente simples, dado que en la normalidad de los casos consisten en uno o dos conceptos fáciles de determinar (asignación fija, participación en beneficios, dietas) y no contienen partidas variables y sistemas de incentivos. La “doctrina del milímetro” sería sin duda muy perturbadora, pero quizá no impidiese a la sociedad formular una cláusula estatutaria que les diese cobertura. Pero esto no ocurre con las retribuciones de los primeros ejecutivos, que en buena lógica empresarial están llamadas a ser utilizadas como instrumento de gobierno corporativo y a estructurarse bajo el principio de “*pay for performance*”. La razón de ello estriba en las variadas funciones que deben servir estos paquetes retributivos: (i) recompensar los servicios pasados exitosos; (ii) proporcionar incentivos adecuados para el futuro; (iii) atraer y retener el talento empresarial; y (iv) alinear los intereses gerenciales y los accionariales. La complejidad del diseño no proviene tanto de la existencia de los diversos objetivos que han de tenerse en cuenta en el diseño del paquete, cuanto de la relación inestable que media entre ellos y de la inevitable discrecionalidad que entrañan ciertos parámetros de evaluación del rendimiento. Esa inestabilidad y esa discrecionalidad representan – como fácilmente se advierte – barreras infranqueables para la predeterminación milimétrica de la retribución de los primeros ejecutivos en los estatutos²⁶. Este punto debe ser especialmente subrayado debido a la crucial importancia que reviste un diseño adecuado de los paquetes retributivos para asegurar la competitividad de nuestras empresas en la escala global.

b) El carácter cambiante de los paquetes retributivos

Las retribuciones de los primeros ejecutivos de las empresas son las más sensibles a las circunstancias exógenas y por ello, necesariamente, han de adaptarse continuamente a las condiciones de la empresa y del mercado. Si la empresa está en dificultades, habrá que arbitrar ciertos incentivos especiales para evitar fugas de talento en los momentos de mayor necesidad; si la empresa se expande internacionalmente, habrá que reajustar los esquemas de remuneración para acomodarlos a los patrones retributivos de toda la línea directiva; si la empresa establece un plan estratégico a tres años con determinados objetivos, habrá que reacomodar los paquetes para que los incentivos sean convergentes con el plan; si la empresa inicia nuevas actividades de riesgo (por ejemplo, un *start-up*) o acomete inversiones en activos muy volátiles (I+D, etc.), habrá que elevar el variable a largo plazo a costa de otras partidas retributivas; etc. En realidad, las retribuciones de los consejeros ejecutivos constituyen una herramienta de gestión y gobierno de suma importancia y, precisamente por ello, no pueden cristalizar en la carta estatutaria, que no es susceptible de ser modificada a la primera de cambio²⁷. Sin ir más lejos, en los actuales momentos de crisis, muchas de nuestras empresas han anunciado rebajas en las remuneraciones de sus

²⁶ Es muy ilustrativo a este respecto el análisis de GORDON (2008, pp. 4 y ss.).

²⁷ Como señala la RDGRN 12.4.2002 (RJ 8096), la absoluta predeterminación estatutaria está reñida con la necesidad de “reconocer [...] en esta materia un amplio margen de libertad a los estatutos en atención a las diversas situaciones que pueden darse en la vida de las sociedades y lo cambiante de las circunstancias”.

primeros espada²⁸. Esto resultaría inviable si se aplicase a rajatabla la “doctrina del milímetro”, tal y como ha sido formulada por la Sala Tercera.

c) El carácter específico de los paquetes retributivos

Las sentencias que glosamos olvidan también que los paquetes retributivos de los primeros ejecutivos no pueden estandarizarse, como si de la retribución de un funcionario de carrera se tratase. La escasez de oferta en el mercado de altos ejecutivos unida a su lógica ferozmente competitiva exigen que, en muchos casos, tengan que configurarse en atención a las circunstancias y preferencias de cada individuo. Precisamente por ello, suele afirmarse que los paquetes retributivos son, en estos niveles, altamente “específicos”. Piénsese, por ejemplo, en las preferencias sobre riesgo. Dependiendo de su edad, del sector en que trabaje, de la estructura de su patrimonio, del carácter más o menos idiosincrático de su formación y de tantas otras cosas, un directivo puede tener mayor o menor aversión al riesgo, lo que determinará que la relación entre la parte variable y la parte fija de su retribución deba ajustarse a ello. Pues bien, esta “especificidad” congénita de los paquetes retributivos es otra de las características que los convierte en inidóneos para ser retratados o radiografiados en los estatutos. Las normas estatutarias son –o aspiran a ser– normas generales para el gobierno de la sociedad, no trajes a la medida que haya que confeccionar en cada ocasión atendiendo a la silueta del afectado. Hace algún tiempo lo recordaba la Dirección de los Registros en una notable resolución que refrenda plenamente nuestro punto de vista: *“no puede exigirse –como pretende la Registradora– la fijación estatutaria de la cuantía concreta de la retribución”* porque *“sobre no venir impuesto por las referidas disposiciones legales [alude a los arts. 9 h) y 130 LSA], 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 circunstancias tan cambiantes como puede ser la referida cuantía retributiva”*²⁹. Más aún. Si la doctrina de la determinación preconizada por la Sala Tercera llegara a prevalecer, necesitaríamos, no un artículo estatutario, sino todo un capítulo e incluso un libro para reflejar el paquete de cada consejero ejecutivo de nuestras grandes sociedades.

d) El carácter negociado de los paquetes retributivos

Las tesis de la Sala Tercera también parecen desconocer la realidad más elemental. Cuando una empresa contacta a un profesional para incorporarlo a su consejo y encomendarle un puesto de primer ejecutivo, no se presenta sin más con la cláusula estatutaria de retribuciones en la mano y le dice: “o la tomas o la dejas”³⁰. Forzosamente ha de abrir un proceso de negociación cuyos

²⁸ V., a título meramente ejemplificativo, la noticia firmada por JIMÉNEZ, “Los consejos empiezan a notar la crisis”, *El País*, 8.3.2009, p. 25.

²⁹ RDGRN 19.3.2001 (RJ 2185).

³⁰ ¿O es que alguien se imagina que eso es lo que sucede en los casos de rotación de altos ejecutivos, lo que sucedió, por citar un ejemplo del que se hizo eco la prensa hace algún tiempo, en el caso del fichaje del antiguo Presidente de Altadis por Inditex como consejero delegado? Y no se diga que estos casos de rotación son

resultados, por definición, no pueden estar escritos de antemano en los estatutos. Si lo estuvieran, las consecuencias siempre serían perjudiciales para la compañía, bien porque se viese obligada a renunciar a un fichaje que le interesa (en el caso de que candidato no estuviese dispuesto a aceptar las partidas retributivas y los importes exactos estatutariamente previstos), bien porque se sintiera forzada a pagarle más de lo que alternativamente tendría que hacer (en el caso de que el candidato estuviese dispuesto a incorporarse con un paquete retributivo de menor valor).

e) El carácter estratégico de los paquetes retributivos

Como es sabido, los parámetros de referencia de algunas partidas que a menudo incorporan los paquetes retributivos de los primeros ejecutivos constituyen objetivos de gestión que no pueden ser desvelados sin grave quebranto de la posición competitiva de la empresa. El tema es tan importante que las políticas de transparencia integral que promueven todos los foros de gobierno corporativo suelen contener precisamente una excepción para estos casos. En nuestra experiencia es ilustrativa la recomendación núm. 40 del Código Unificado de Buen Gobierno o Código Conthe. En dicha recomendación, dictada a propósito del contenido informativo del Informe de Política de Retribuciones que debe elaborar y rendir la Comisión de Nombramientos y Retribuciones de las sociedades cotizadas, se exceptúa precisamente del deber de transparencia “aquellos extremos que puedan suponer revelación de información comercial sensible”. En el breve comentario que la precede, la Comisión Redactora señala: “el Código prevé que las sociedades cotizadas no tengan que desvelar públicamente aquellos parámetros o incentivos concretos [de sus consejeros ejecutivos] cuyo conocimiento por empresas competidoras pudiera entenderse contrario al interés social por revelar estrategias comerciales que no fueran del conocimiento público”. Es ocioso añadir que la necesidad de establecer todos los elementos del cálculo para la determinación de las retribuciones inherente a la “doctrina del milímetro”, junto a la publicidad registral inherente a cualquier cláusula estatutaria, impiden preservar la confidencialidad de estas informaciones, que pueden tener un alto valor estratégico para las empresas.

4.3. El anterior elenco de los problemas, muchos de ellos insalvables, que presenta la doctrina de la Sala Tercera para el conveniente desarrollo de las políticas retributivas de los primeros ejecutivos de nuestras empresas podría ampliarse o alargarse, pero no será necesario para que el lector se haga una idea cabal del destrozo ocasionado. Es cierto que la “doctrina del vínculo”, tal y como ha ido perfilándose en la jurisprudencia laboral y civil, supone también una rémora, pero sus efectos más graves han podido paliarse en la práctica con ciertas modificaciones estatutarias provistas de un menor grado de determinación o detalle y habilitadoras del consejo para la

excepcionales en nuestro país. Aunque no dispongo de estudios sistemáticos, la evidencia anecdótica sobre el cambio de consejeros ejecutivos de unas empresas a otras es muy significativa. He aquí algunos recortes que guardo en mi archivo: “La rotación de altos ejecutivos registra un nuevo record”. Bajo ese titular, puede leerse: “las empresas están aumentando la presión sobre los consejeros delegados, lo que se ha traducido en un constante aumento de la rotación de los máximos directivos” (*Expansión*, 7.7.2003, p. 34). Hace poco el titular era: “El 15% de los altos ejecutivos abandonó su cargo en 2006” y después se explicaban sus dos causas más importantes: “sucesión pactada” y “fichajes por otras empresas” (*El Economista*, 23.1.2007, p. 13).

cuantificación exacta (v. *supra* 3.3) que, de cuanto nos consta, no han sido reprobadas por los Tribunales. Pero estos paliativos no servirán de nada –y el mal menor se convertirá en mal mayor– si los Tribunales perseveran en la “doctrina del milímetro”. Como decía antes, la interacción verdaderamente peligrosa se produce cuando se mezclan o combinan la “doctrina del vínculo” y la “doctrina del milímetro”.

5. Recapitulación: *summum ius, summa iniuria*

Las observaciones que han ido desgranándose a lo largo de las páginas precedentes ponen de relieve la dudosa base normativa de la doctrina de la Sala Tercera (insisto ahora en su insuficiente consideración de la letra h) del art. 9 LSA) y, sobre todo, su absoluta impracticabilidad, que tampoco es ajena a la esfera de las valoraciones jurídicas. Las sentencias parecen elaboradas en aquel “cielo de los conceptos jurídicos” sobre el que ironizaba IHERING para mofa de sus colegas obstinados en realizar construcciones jurídicas lisas, puras y rotundas³¹. Si los candidatos ideales para entrar en esa parada celeste son los conceptos jurídicos que “no soportan el contacto con el mundo real”³² y no hacen “concesiones a las necesidades de la vida práctica”³³, el de la “determinación”, entendida en el sentido milimétrico de la Sala Tercera, sería un magnífico aspirante. Sólo puede vivir, en efecto, en ese limbo en el que han sido borrados todos los accidentes y la orografía de la realidad empresarial e incluso institucional. A este último respecto, es oportuno recordar que llevamos ya muchos años discutiendo las reformas corporativas y los mecanismos de buen gobierno que pueden ayudarnos a mejorar los sistemas retributivos de los consejos de administración y, especialmente, de sus miembros ejecutivos. En la práctica de nuestras sociedades se han extendido las comisiones de retribuciones, se ha incrementado notablemente la transparencia –en el Informe Anual de Gobierno Corporativo, en el Informe sobre Política de Retribuciones, en la Memoria, etc.–, a veces se han incorporado incluso las recomendaciones sobre en voto consultivo en materia de retribuciones. Todo esto se ha hecho y aún continúa haciéndose para dar densidad y credibilidad a la trama institucional de nuestro sistema de gobierno corporativo. Pues bien, todos estos debates, todas estas iniciativas, todos estos esfuerzos de repente saltan por los aires al quedarse privados de sentido o función. ¿Para qué necesitamos cualquiera de esos instrumentos de control y transparencia si el paquete retributivo de los ejecutivos debe quedar absolutamente predeterminado en la norma estatutaria por imperativo del art. 130 LSA? Trabajo en balde.

Estoy convencido de que las sentencias de 13 de noviembre de 2008 son subjetivamente encomiables (en el sentido de que seguramente las mueve el noble impulso civil de incrementar la publicidad y la disciplina de las retribuciones de los administradores y ejecutivos en una época

³¹ IHERING (1974, pp. 281 y ss.).

³² *Ibid*, p. 288.

³³ *Ibid*, p. 289.

salpicada por tantos escándalos), pero ha de convenirse también que resultan objetivamente perversas (en la medida en que laminan de raíz la posibilidad de estructurar paquetes retributivos adecuadas a las necesidades de las empresas). El *summum ius* como aspiración subjetiva se convierte así en *summa iniuria* como resultado objetivo. Es una historia bien conocida en la experiencia maravillosa del derecho. Me duele formular un juicio tan duro sobre unas resoluciones de la Sala Tercera tan admirables desde otros puntos de vista. Sería injusto por mi parte no destacar su elevada calidad formal: están claramente escritas, minuciosamente documentadas y magníficamente trabadas. Pocas veces tenemos la oportunidad de vérnoslas con pronunciamientos judiciales estilísticamente tan bien facturados. Ésta es otra de las paradojas que nos depara el análisis de las sentencias en cuestión. ¿Cómo es posible que se haya invertido de tal modo la relación entre calidad formal y calidad sustancial?

Termino con un pronóstico aventurado. No creo que nuestras sociedades vayan a apresurarse a homologar sus estatutos a la doctrina de las resoluciones glosadas. Nadie se siente interpelado a hacer lo imposible. Tampoco pienso que las tesis de la Sala Tercera vayan a imponerse mañana o pasado mañana en la práctica registral y judicial del orden civil, que es el verdaderamente relevante a nuestros efectos. Desde luego no hay ninguna razón de autoridad para ello, pues no constituyen genuina jurisprudencia societaria³⁴. Dudo igualmente que vayan a cambiar de inmediato los criterios que viene aplicando la Hacienda Pública, aunque no puede descartarse que algún inspector se eche al monte³⁵. Al fin y al cabo, las sentencias fueron dictadas a propósito de una norma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades derogada y, bajo la vigente de 1995, la doctrina reiterada del Tribunal Económico Administrativo Central, vinculante para los órganos administrativos encargados de aplicar la normativa tributaria, es muy distinta. Hasta la fecha, el TEAC ha admitido sin ambages la deducibilidad de retribuciones de consejeros en casos iguales o similares a los enjuiciados ahora por la Sala Tercera. De hecho, ni siquiera ha aceptado la “doctrina del vínculo” (v. resoluciones de 11 de octubre y 14 de septiembre de 2006).

Dicho todo lo cual, la prudencia se impone. La dirección por la que viene soplando el viento en todas las ramas de la jurisprudencia es sobradamente conocida, y nada indica que las cosas vayan

³⁴ A pesar de ser *dos* resoluciones del Tribunal Supremo, no constituyen jurisprudencia de obligado seguimiento: la interpretación que efectúa la Sala Tercera del art. 130 LSA se realiza exclusivamente en el trámite de una cuestión prejudicial, a los efectos de interpretar una norma tributaria, sin que por ello dichas sentencias puedan considerarse creadoras de jurisprudencia a efectos civiles o mercantiles.

³⁵ Todos los indicios apuntan, efectivamente, a la continuidad. La prensa económica de las fechas en que escribo se hacía eco, por ejemplo, de “que la Agencia Tributaria prepara un documento en el que aclarará que la retribución de los administradores de una sociedad seguirá considerándose gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades” (v. *Expansión*, 27.2.2009, p. 37). Una vez remitido el trabajo para su publicación, se ha hecho público un Informe de la Dirección General de Tributos sobre la cuestión, fechado el día 12 de marzo, que efectivamente toma distancia respecto de la doctrina de la Sala Tercera. La deducibilidad fiscal de las retribuciones de los administradores no se supedita a que éstas aparezcan milimétricamente preconfiguradas en los estatutos. Basta que los “estatutos establezcan el carácter remunerado del cargo” (el texto completo del informe puede consultarse en www.eleconomista.es).

a cambiar. Sin embargo, y aun a pesar de que las actuales circunstancias no parecen las más propicias para ello, no debemos desesperar. Personalmente, albergo la esperanza de que las distintas Salas del Tribunal Supremo encuentren pronto la ocasión para rectificar el rumbo emprendido hace tiempo y restablecer la racionalidad práctica de esta pieza tan importante del sistema legal de las sociedades anónimas. Dice el refrán que “no hay mal que por bien no venga”. Quizá los excesos incurridos por las dos sentencias objeto de este comentario puedan surtir un efecto positivo si hacen saltar las alarmas y fuerzan la reapertura de un debate que permita normalizar el tratamiento de esta materia y homologarlo a los estándares de los países de nuestro entorno³⁶. Nuestros más altos magistrados tienen que ponerse en guardia frente a los peligros de una doctrina que permanece de espaldas a la realidad, en el limbo de los conceptos jurídicos. Yo le pediría a nuestro Tribunal Supremo lo mismo que IHERING pedía a los pandectistas de su época: “*wieder auf Erden!*” (“¡vuelta a la tierra!”).

6. Bibliografía

Robert ALEXY (2005), *La institucionalización de la justicia*, trad. esp. de José Antonio SEOANE, Comares, Granada.

Aurelio DESDENTADO BONETE Y Miguel Ángel LIMÓN LUQUE (2008), “La situación profesional de los administradores sociales y la nueva doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, núm. 15.

Joaquín GARRIGUES y Rodrigo URÍA GONZÁLEZ (1976), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

Jeffrey N. GORDON (2008), “Say on Pay: Cautionary Notes on the UK Experience and the Case for Muddling Through”, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 336- ECGI - Law Working Paper No. 117/2009*. Disponible en http://papers.ssrn.com/paper.tfaabstract_id=1262867

³⁶ El temor o recelo a que un planteamiento como el que aquí se patrocina, tendente a abrogar la “doctrina del vínculo” y la “doctrina del milímetro”, pueda favorecer el fraude y los abusos, del que algunos jueces y tratadistas se han hecho eco, no está justificado en absoluto, según creo haber demostrado en otros estudios [v. PAZ-ARES (2007, pp. 60 y ss.]. Lo que hace falta para prevenir los excesos no es la elaboración de soluciones formalmente rigurosas (que no sirven convenientemente a este fin y, además, entorpecen la práctica legítima), sino el desarrollo de doctrinas materialmente incisivas, al amparo del principio de proporcionalidad derivado de la cláusula del interés social y otras cláusulas generales del derecho privado, como justamente ha hecho en ocasiones memorables nuestro Tribunal Supremo. Como botón de muestra mencionaré sólo dos, correspondientes a una sentencia vieja y otra reciente: SSTs, 1ª, 1.6.1963 (RJ 3509) y 24.10.2006 (RJ 6710). Personalmente, hace tiempo que vengo abogando por la necesidad de pasar de una concepción mecánica del derecho de sociedades (basada en controles formales) a una concepción reflexiva, cuyo eje reside en los controles materiales que permiten las cláusulas generales sobre el interés social y los deberes fiduciarios de los administradores (v. PAZ-ARES, *Expansión*, 25.5.2002, p. 39). Éstas son las bridas más efectivas contra las inclinaciones o tentaciones “posesivas” de nuestra humana condición.

Rudolf VON IHERING (1974), *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. esp. de T.A. BANZHAF, Buenos Aires.

Miguel JIMÉNEZ (2009), "Los consejos empiezan a notar la crisis", *El País*, 8.3.2009, p. 25.

Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN (2008), "Compatibilidad de la retribución de administradores y altos cargos de sociedades de capital. Comentario a la STS 1ª de 24 de abril de 2007 (RJ 2007, 2418)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 30, pp. 421-435.

Francisco José NAVARRO SANCHÍS (2009), "Retribución al administrador ¿gasto deducible? (I)", *El Economista*, 26.1.2009.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2002), "Por un derecho de sociedades reflexivo", *Expansión* 25.5.2002.

--- (2007), "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 2, pp. 15-88. Igualmente accesible en *InDret 2/2008* (www.indret.com).

Sherwin ROSEN (1999), "Contracts and the Market for Executives", en Kevin F. HALLOCK y Kevin J. MURPHY (eds.) *The Economics of Executive Compensation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

Randall S. THOMAS (2004), "Explaining the International CEO Pay Gap: Board Capture or Market Driven?", *57 Vanderbilt Law Review* 1171.

7. Tabla de resoluciones citadas

TRIBUNAL SUPREMO

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 1.6.1963	RJ 3509	- - -
1ª, 27.3.1984	RJ 1440	Jaime De Castro García
1ª, 21.9.2005	RJ 4132	Clemente Auger Liñán
1ª, 24.10.2006	RJ 6710	Jesús Corbal Fernández
1ª, 12.1.2007	RJ 671	Francisco Marín Castán
1ª, 24.4.2007	RJ 2418	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 27.4.2007	RJ 2392	Francisco Marín Castán
1ª, 31.10.2007	RJ 6816	Antonio Gullón Ballesteros
3ª, Sec. 2ª, 6.2.2008	RJ 882	Manuel Martín Timón
3ª, Sec. 2ª, 13.11.2008	RJ 2009\59	Angel Aguallo Aviles
3ª, Sec. 2ª, 13.11.2008	RJ 2009\453	Angel Aguallo Aviles

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>
RDGRN 26.4.1989	RJ 3407
RDGRN 18.2.1991	RJ 1686
RDGRN 20.2.1991	RJ 1690
RDGRN 20.3.1991	RJ 2626
RDGRN 25.3.1991	RJ 2628
RDGRN 26.7.1991	RJ 5448
RDGRN 4.10.1991	RJ 7492
RDGRN 17.2.1992	RJ 1531
RDGRN 23.2.1993	RJ 1360
RDGRN 15.10.1998	RJ 7226
RDGRN 15.4.2000	RJ 5814
RDGRN 19.3.2001	RJ 2185
RDGRN 12.4.2002	RJ 8096
RDGRN 12.11.2003	RJ 7684