

Vuelco del Tribunal Supremo a la regulación de la retribución de los consejeros delegados



PEDRO
ALBARRACÍN

Asociado Senior
de Andersen Tax & Legal



El Tribunal Supremo dictó el pasado 26 de febrero una sentencia que puede suponer un terremoto societario y fiscal en el ámbito del régimen retributivo de los *consejeros ejecutivos* (aquellos en los que se hayan delegado facultades ejecutivas), con efectos tanto para las propias sociedades, como para sus consejeros ejecutivos.

La cuestión se centra fundamentalmente en si es necesaria o no constancia estatutaria de la retribución de los consejeros ejecutivos.

Desde la de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) operada por la Ley 31/2014, el criterio predominante, y seguido por varias resoluciones de la DGRN, consideraba que aquella venía a reconocer una dualidad de regímenes retributivos, por una parte el correspondiente a los administradores *en su condición de tales* y, por otra, el de los consejeros en los que se delegasen facultades ejecutivas.

El primero se regularía por lo previsto en los artículos 217 y siguientes

de la LSC, exigiéndose respecto del mismo un triple sistema de control, a saber: (i) Que los estatutos sociales reflejen dicho carácter retribuido, así como el o los sistemas de retribución y los conceptos retributivos a percibir por los administradores; (ii) La fijación mediante acuerdo de Junta del importe máximo anual y conjunto a percibir por los administradores (así como otra serie de cuestiones respecto de algunos conceptos retributivos, como la participación en beneficios o la entrega de acciones); y (iii) la facultad de los propios administradores, salvo acuerdo en contrario de la Junta, para acordar la distribución entre ellos de la retribución aprobada.

Régimen retributivo

Por otro lado, respecto del régimen retributivo específico de los consejeros ejecutivos, esa misma tesis defendía que el mismo se regularía de forma autónoma en el artículo 249 LSC, según el cual se exige la formalización de un contrato entre dicho consejero y el consejo de administración, en el cual se deben detallar «*todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas*».

En consecuencia, según la referida tesis, la constancia estatutaria de la retribución de los consejeros ejecutivos no sería necesaria, siendo suficiente su aprobación siguiendo lo establecido por el artículo 249 LSC y, en particular, que se hubiere formalizado el correspondiente contrato con el consejero ejecutivo que recogiera dicha retribución.

Frente a lo anterior, el Tribunal Supremo ha concluido que ambos regímenes

No es extraño encontrarnos en la actualidad con sociedades en las que solo es retribuido el cargo de consejero delegado

Será recomendable que todas aquellas sociedades afectadas, procedan a revisar sus estatutos tras la sentencia del TS

nes (el del artículo 217 y el del 249 LSC) no son alternativos, sino cumulativos, por lo que la retribución de los consejeros ejecutivos deberá cumplir tanto con los requisitos previstos con carácter general para la retribución de cualesquiera administradores, como con el de la necesaria formalización contractual exigida por el artículo 249 LSC.

No es extraño encontrarnos en la actualidad con sociedades en las que, por ejemplo, solo es retribuido el cargo de consejero delegado, viniendo en sus estatutos en consecuencia regulado el cargo de administrador como gratuito, u otras en las que el límite máximo anual conjunto de retribución aprobado por la Junta no toma en consideración la retribución de los consejeros ejecutivos.

Los efectos de la sentencia en ese tipo de situaciones son variados, destacando, entre otros, los siguientes:

- Para que la retribución de los administradores sea gasto deducible para la sociedad en el Impuesto de Sociedades, se exige que se cumplan todos los requisitos mercanti-

les. Por tanto, en situaciones como las anteriormente expuestas, se podrá cuestionar la deducibilidad de dicha retribución en aquellos ejercicios no prescritos.

- La *irregularidad* de la retribución satisfecha a los consejeros ejecutivos, podría llevar a que los socios puedan plantearse el inicio de acciones contra la sociedad y/o los consejeros encaminadas a lograr la restitución de las retribuciones no previstas en los estatutos sociales o superiores a las acordadas por la Junta.

Dudas prácticas adicionales tras nuevo criterio

Al margen de lo anterior, el nuevo criterio fijado por el Tribunal Supremo, suscita dudas prácticas adicionales que deberán resolverse en el futuro inmediato, como son, entre otras: (i) ¿En qué situación quedan los contratos vigentes de consejeros ejecutivos que no cumplan con el régimen estatutario? (ii) ¿Qué encaje jurídico y práctico-negocial tiene un contrato –el del

artículo 249– que será formalizado por dos partes (consejo y consejero ejecutivo), pero cuyo cumplimiento depende de la voluntad y actuación de un tercero (Junta) que, mediante sus acuerdos (modificando estatutos y/o aprobando un importe máximo anual menor) podrá determinar unilateralmente que la retribución pactada en dicho contrato devenga en *irregular*?

Quizá siendo consciente de los problemas prácticos que la sentencia plantea, el propio Tribunal Supremo finaliza su sentencia con lo que viene a ser un nada velado ruego a nuestros registradores mercantiles, al señalar que el marco estatutario deberá ser «*entendido de una forma más flexible*» de forma que permita «*adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico en general*».

A la vista de todo ello, será recomendable que todas aquellas sociedades afectadas, procedan a revisar sus estatutos de cara a adecuarlos a la nueva situación surgida tras la sentencia del Tribunal Supremo.



CARLOS
ESPLUGUES
MOTA

Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia

La UE plantea el control de las inversiones extranjeras directas en sectores estratégicos europeos

La inversión extranjera directa ha crecido de manera constante en las últimas décadas. Este incremento, además, ha venido acompañado de una alteración de algunos de sus rasgos característicos. Así, al profundo cambio en el origen de los flujos de inversión y en los sectores a los que van dirigidos, se ha unido el papel relevante jugado por ciertos fondos soberanos y por empresas controladas por Estados extranjeros. Todo ello en el marco de una prevención creciente hacia el libre comercio y la libre circulación de capitales en muchos lugares del mundo.

Derivado de lo anterior, ciertas economías emergentes están invirtiendo de forma constante y amplia en los países desarrollados. Algunos de los cuales observan con preocupación cómo, gracias a la combinación del proceso de privatización llevado a cabo y de la crisis económica que ha asolado sus economías durante la última década, existe la posibilidad real de que algunos sectores de la actividad económica nacional consideradas estratégicas para el Estado –energía, tecnología, telecomunicaciones, transporte...– caiga ahora bajo control extranjero. Este hecho se entiende que puede tener implicaciones directas y negativas para su actividad económica e, incluso, para su seguridad nacional.

Replanteamiento de la UE

La UE se está convirtiendo en los últimos tiempos en un destino favorito para las inversiones foráneas directas, en muchas ocasiones de naturaleza soberana, especialmente provenientes de China. En 2016, por ejemplo, los

inversionistas chinos compraron más compañías en Europa que en los cuatro años anteriores, la mayoría de ellas en sectores tecnológicos punteros. Estos datos han llevado a la UE a replantearse su política hacia la inversión foránea, basada tradicionalmente en la apertura y fomento, y en la existencia de un entorno estable, razonable y previsible favorable a la inversión, a través del establecimiento de estándares claros de protección de ésta.

Como consecuencia del estado embrionario en que se encuentra la política común de inversiones, la UE carece actualmente de un modelo específico de evaluación de inversiones extranjeras basado en su potencial riesgo para la seguridad pública. Algo con lo que sí cuentan EE.UU., Australia, Canadá o la misma China, y que en la UE también poseen Francia, Alemania o Reino Unido. Sin embargo, esta situación está en proceso de cambio tras la publicación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, estableciendo un marco para la evaluación de inversiones extranjeras en la Unión Europea de 13 de septiembre de 2017 (COM(2017) 487 final), acompañada por el *Commission Staff Working Document* (SWD(2017) 297 final) de igual fecha.

Complejidad del marco legal propuesto

La propuesta combina la apertura a la inversión extranjera directa, con la voluntad de proteger los activos críticos europeos frente a inversiones que serían perjudiciales para los intereses legítimos de la UE o de sus Estados miembros. El marco legal propuesto es



Ciertas economías emergentes están invirtiendo de forma constante y amplia en los países desarrollados

La UE carece actualmente de un modelo específico de evaluación de inversiones extranjeras

complejo y prevé varios niveles coordinados de actuación. El art. 3.1 reconoce el derecho de los Estados miembros de

mantener, modificar o adoptar mecanismos para controlar, por motivos de seguridad u orden público, la inversión

extranjera directa (definida en el art. 2.1). A la vez que su art. 3.2 y 3 atribuye a la Comisión la posibilidad de examinar las inversiones que puedan afectar, por motivos de seguridad, a los proyectos o programas de interés de la Unión.

En su art. 4 la propuesta señala que, en el proceso de control de la inversión, tanto los Estados como la Comisión podrán considerar su potencial efecto, entre otros, en las infraestructuras críticas, en las tecnologías críticas, en la seguridad del suministro de insumos críticos o en el acceso a, y capacidad de control de, información sensible. El control del inversor por el gobierno de un tercer país deberá también ser evaluado.

En el supuesto del control de la inversión por los Estados, los arts. 6 y 11 fijan unas reglas procedimentales comunes mínimas: transparencia y no discriminación, plazos claros y breves, confidencialidad de la información facilitada por el inversor o la posibilidad de recurso. Reglas que son modulas por el art. 9 en lo referente a la evaluación por la Comisión.

La complejidad del modelo diseñado exige asegurar tanto la cooperación –horizontal– entre los diversos modelos nacionales como –vertical– entre estos y la Comisión. La Propuesta adopta diversas medidas en tal sentido en sus arts. 7, 8 y 10 a 12, previendo que el sistema será reevaluado a los tres años de su puesta en práctica (art. 13).

La propuesta de reglamento se encuentra en estos momentos tramitándose en el Parlamento Europeo donde, llamativamente, no se prevé un proceso fácil, ante la oposición que algunos Estados han manifestado ya a cualquier tipo de mecanismo de esta naturaleza.