

laffer

A B O G A D O S

Newsletter Extraordinaria nº 3/2008

2 de marzo de 2018

**LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 98/2018, DE 26 DE FEBRERO, MODIFICA
LA INTERPRETACIÓN MAYORITARIA SEGUIDA HASTA LA FECHA DEL RÉGIMEN
LEGAL DE LA REMUNERACIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS INTRODUCIDO
POR LA LEY 31/2014**

1. RESUMEN EJECUTIVO

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de febrero de 2018 ha declarado que, tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo por la Ley 31/2014, la exigencia de previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración de los administradores, la exigencia de acuerdo de la Junta general estableciendo el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores y los límites de la remuneración establecidos por el art. 2017 LSC afecta a todos los administradores, sean o no consejeros ejecutivos, concluyendo que los requisitos y exigencias establecidos por los arts. 217 a 219, de una lado, y 249 LSC, de otro, son de carácter cumulativo y no alternativo, como venía sosteniendo la mayor parte de la doctrina científica, la jurisprudencia menor y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

De este modo, concluye el Tribunal Supremo que el régimen remuneratorio general que se contiene en los arts. 217 a 219 LSC es aplicable a todos los administradores (incluidos los consejeros delegados y aquéllos que desempeñen funciones ejecutivas por cualquier título), mientras que el art. 249 LSC establece los requisitos especialidades aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad aprobado por el Consejo de administración, pero cuyo contenido ha de ajustarse a lo previsto en los estatutos sociales y a los correspondientes acuerdos de la Junta general.



laffer

A B O G A D O S

2. LA INTERPRETACIÓN MAYORITARIA SEGUIDA HASTA LA FECHA POR LA DOCTRINA CIENTÍFICA, LA JURISPRUDENCIA MENOR Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 98/2018, de 26 de febrero, ha resuelto el recurso de casación n.º 3574/2017 interpuesto contra la Sentencia 295/2017, de 30 de junio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dando un giro radical a la interpretación mayoritaria del régimen legal de remuneración de los consejeros ejecutivos introducido por la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, así considerada hasta la fecha por ser sostenida por la mayor parte de la doctrina científica, la jurisprudencia menor (principalmente de la Audiencia Provincial de Barcelona) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

La interpretación del régimen legal de la remuneración de los consejeros ejecutivos no ha estado exenta de polémica, de lo cual se hace eco la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en lo relativo a la cuestión de la denominada «reserva estatutaria» del sistema de retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas.

La Audiencia Provincial de Barcelona se sumó a la tesis sustentada por un importante sector de la doctrina científica y por la DGRN, que se resume en la Resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016, en la que la Audiencia Provincial de Barcelona se apoya y sintetiza los argumentos doctrinales más relevantes que sostienen esta tesis, con los siguientes razonamientos contenidos en sus apartados 3 y 4:

«3. En definitiva, conceptualmente, deben separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de



laffer

A B O G A D O S

estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Sin embargo, y aunque no sea el caso del presente recurso, cabe precisar que también en esos supuestos referidos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo -es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa- tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración (Resolución de 10 de mayo de 2016).

4. De las anteriores consideraciones se desprende que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador -con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal- añada que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato. Y a esta remuneración por el ejercicio de funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone



laffer

A B O G A D O S

la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales. Por ello, ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios; previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general» (artículo 249, apartado 4 i.f. de la misma Ley)».

Para llegar a las anteriores conclusiones, quienes han sostenido esta tesis se han apoyado fundamentalmente en la utilización por la reforma de la LSC operada en 2014 de la expresión «administradores en su condición de tales» en los nuevos apartados 2 y 3 del art 217 LSC, y en el requerimiento legal establecido en los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC de que se celebre un contrato entre la sociedad y los consejeros delegados o ejecutivos, que debe ser aprobado por el Consejo de administración, y en el que se han de detallar todos los conceptos por los que puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas.

3. LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, en la Sentencia indicada rompe con la línea interpretativa señalada y, tras una profusa y detallada argumentación jurídica, concluye lo siguiente:

«[...] el sistema diseñado en la TRSLC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles.

El primero está constituido por los estatutos sociales, que conforme a lo previsto en el art. 217.1 y 2 y 23.e TRSLC han de establecer el carácter gratuito (bien expresamente, bien por no tener previsión alguna al respecto) o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución, que determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los previstos con carácter ejemplificativo en el art. 217.2 TRSLC.

[...] El segundo nivel está constituido por los acuerdos de la junta general, a la que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (art. 217.3 TRSLC, primer inciso), sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones, como resulta



laffer

A B O G A D O S

de los arts. 249.4,II y 249.bis.i TRLSC, que contemplan este acuerdo con carácter eventual («en su caso») en las sociedades no cotizadas, puesto que en el caso de las sociedades cotizadas el acuerdo que establezca la política de remuneraciones es preceptivo (art. 529 novodecies TRLSC). Este límite máximo fijado por la junta «permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación» (art. 217.3 TRLSC, primer inciso).

Asimismo, salvo disposición contraria en los estatutos, la junta general podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos en materia de retribución de consejeros, y en concreto, de consejeros delegados o ejecutivos (art. 161 TRLSC).

Además de estos acuerdos de contenido más general, los arts. 218.1 y 219 TRSLC prevén también la intervención de la junta. En el primer caso, solo cuando la previsión estatutaria de la participación en los beneficios como concepto retributivo contenga una previsión de porcentaje máximo, en cuyo caso la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

En el caso del art. 219 TRSLC, cuando exista una previsión estatutaria que establezca como sistema de remuneración de los administradores (solo o junto con otros conceptos retributivos) la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas que deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

[...] El tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores. Salvo que la junta general determine otra cosa, a ellos corresponde, conforme al art. 217.3 TRLSC, la distribución de la retribución entre los distintos administradores, que se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.



laffer

A B O G A D O S

[...] Cuando el consejo de administración designe entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas y establezca el contenido, los límites y las modalidades de delegación, la determinación de todos los conceptos por los que estos consejeros puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas (incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro) ha de realizarse mediante el contrato que necesariamente ha de celebrarse entre el consejero en el que hayan delegado facultades ejecutivas y la sociedad.

Este contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, El consejero afectado ha de abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado se incorporó como anejo al acta de la sesión.

Así lo disponen los arts. 249.3 y 4 TRLSC.

La celebración de este contrato no solo permite concretar los distintos conceptos retributivos de la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos (lo que podía realizarse mediante un simple acuerdo del consejo de administración), sino que también se muestra como el medio adecuado de plasmar el consentimiento del consejero delegado o ejecutivo no solo en la aceptación del cargo sino también en su vinculación a los concretos términos retributivos y de toda índole en que se haya negociado su nombramiento, suficientemente desarrollados y detallados.

La relación entre el consejero delegado o ejecutivo y la sociedad se sustancia no solo por el nombramiento orgánico en un acuerdo de la junta (que le nombra consejero) y del consejo (que delega en él determinadas funciones) sino también mediante un negocio jurídico bilateral en el que pueden detallarse los términos y condiciones particulares conforme a los cuales debe desarrollarse la función de administrar por parte de quien ocupa el cargo de consejero delegado o ejecutivo, completando de esta forma las insuficiencias del estatuto legal del cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato.

[...] El desarrollo y concreción del sistema de retribución de los administradores a través de estos tres niveles ha de realizarse conforme a las exigencias contenidas en el propio TRLSC, ya sean



laffer

A B O G A D O S

estas de carácter general, como es el caso de los criterios generales contenidos en el art. 217.4 TRLSC (guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables y estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables), ya sean previsiones más concretas, como son por ejemplo las contenidas en el art. 218.2 y 3 TRLSC respecto de los límites de la retribución consistente en la participación en beneficios.

[...] Por tanto, en las sociedades no cotizadas, la relación entre el art. 217 TRLSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSC no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRSLC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219.

La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLSC, de otra) es de carácter cumulativo, como sostiene el recurrente.

El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones (retribuciones previstas en los apartados «c» a «g» del art. 217.2 y el desarrollo que de algunas de ellas se contienen en los arts. 218 y 219) son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.

El art. 249 TRLSC contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en



laffer

A B O G A D O S

cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales.

[...] Aunque alguna de las consideraciones que se han realizado en los fundamentos anteriores sobre la interpretación de determinadas normas del TRLSC pudiera ser discutible aisladamente considerada, la interpretación conjunta del régimen diseñado para regir las remuneraciones de los administradores sociales y, especialmente, la interpretación sistemática de los arts. 217, 218, 219 y 249 TRLSC, con los demás preceptos citados, teniendo en cuenta las finalidades expresadas en el preámbulo de la ley de reforma, conduce a las conclusiones expuestas.

[...] Ahora bien, la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria (en este sentido, sentencias de esta sala 180/2015, de 9 de abril, y 505/2017, de 19 de septiembre).

La atribución al consejo de administración de esta competencia supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía «dentro del marco estatutario» a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSC, y dentro del importe máximo de



laffer

A B O G A D O S

la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSC.

Este ámbito de autonomía, dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales.

* * * *

Esperamos que estos comentarios sean de utilidad, y, como siempre, **LAFFER ABOGADOS** está a su disposición para cualquier aclaración o información adicional.