

CIRCULAR 2/2018

– SOCIETARIO –

RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS: EL TRIBUNAL SUPREMO ENMIENDA LA PLANA A LOS REGISTRADORES MERCANTILES

El pasado 26 de febrero de 2018, con su sentencia nº 98, el Tribunal Supremo (en adelante, también como “TS”) dio un golpe de timón a la interpretación que las Audiencias Provinciales y la Dirección General de los Registros y del Notariado habían venido manteniendo sobre los preceptos que regulan la retribución de los consejeros delegados y consejeros ejecutivos de las sociedades no cotizadas tras la reforma introducida en la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) en el año 2014 (Ley 31/2014, de 3 de diciembre). El TS se posiciona por primera vez en el debate doctrinal que tras la reforma indicada se ha venido manteniendo y lo hace, en contra la interpretación hasta el momento imperante, en el sentido de abogar porque se someta a los socios, en sede junta general, el régimen retributivo de todos los administradores, sin que escapen a su control los consejeros ejecutivos, y todo ello en pro del buen gobierno y de la transparencia societaria.

Si la reforma del año 2014 pretendía clarificar y generar certidumbre en una cuestión siempre sensible como es la retribución de los administradores, no ha podido ser más errática en sus resultados, pues más de 3 años después de su entrada en vigor nos encontramos de bruces con un pronunciamiento del TS que contradice la posición que las sociedades han venido manteniendo en la práctica al seguir la interpretación bendecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Será pues preciso volver a analizar (i) los estatutos de las sociedades que tengan un consejo como forma de administración y (ii) los acuerdos de su junta en materia de retribución para verificar que se encuentran dentro del marco fijado por el TS en esta sentencia, - de momento aislada -, de su Sala Primera. Asimismo, no está de más recordar que, desde el año 2014, cualquier consejero delegado o consejero ejecutivo con cargo retribuido debe disponer de un contrato con la sociedad.

I. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2014

Con anterioridad a la Ley 31/2014 la regulación de la remuneración de los administradores era bastante parca pero clara: (i) el cargo se presumía gratuito a menos que los estatutos establecieran lo contrario, (ii) en ese caso debían determinar el sistema de retribución y (iii) ya era la junta general la que podía fijar la cuantía concreta. Este tratamiento era unitario para todos los administradores, tanto en fórmulas simples de organización de la administración social (administrador único, mancomunados o solidarios), como en otras complejas (consejo de

administración), y tanto para cargos ejecutivos como para aquellos consejeros que únicamente desempeñaban funciones deliberativas¹.

II. LA “APARENTE” NOVEDAD INTRODUCIDA POR LA REFORMA DE LA LSC EN EL AÑO 2014: DUALIDAD DE FUNCIONES Y DE RETRIBUCIONES

Las modificaciones que la Ley 31/2014 introduce en la LSC llevan a que la Dirección General de los Registros y del Notariado² y las Audiencias Provinciales³ entiendan que se instaura un sistema dual de retribución cuando nos

¹ Es cierto que cabía, y sigue cabiendo, que un administrador, aun siendo su cargo no retribuido conforme a estatutos, perciba una retribución de la sociedad por el desempeño de funciones extrañas al cargo, es decir, por aquellas que nada tengan que ver con la gestión y dirección de la empresa.

² Resoluciones de 10 de mayo y 17 de junio de 2016, entre otras.

³ Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2017, casada por el Tribunal Supremo, y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 2017.

encontramos ante un consejo de administración al distinguir en los consejeros **dos tipos de funciones**:

- las puramente deliberativas (de estrategia y control) que se deducen de la expresión normativa de que los administradores actuarán “en su condición de tales”, y;
- las funciones ejecutivas (de gestión ordinaria), que únicamente desempeñan los consejeros ejecutivos, y que no son inherentes al cargo de administrador como tal.

Tal dualidad de funciones en el seno del consejo de administración determina, - o al menos eso se interpretaba antes de la sentencia del TS objeto de esta Circular -, un **diferente régimen jurídico en cuanto a la retribución de los consejeros**:

- Los que actuaban “en su condición de tales”, es decir, los que desempeñaban funciones meramente deliberativas, quedaban sujetos a lo dispuesto con carácter general en el artículo 217 LSC, es decir, a la reserva estatutaria y al acuerdo de la junta general.
- Sin embargo, los consejeros ejecutivos se sometían, con exclusión del régimen general, a lo dispuesto en el artículo 249.3 LSC, siendo su retribución fijada por el propio consejo sin someterse a la reserva estatutaria y sin que la junta aprobara su remuneración, bastando con suscribir un contrato con las cautelas previstas en el precepto indicado (voto favorable de las dos terceras partes, inasistencia del consejero afectado e incorporación del contrato como anejo al acta).

III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: UNA “VUELTA ATRÁS”

El TS se aparta en su sentencia de las conclusiones de la Audiencia Provincial de Barcelona y, por tanto, no comparte la doctrina establecida hasta el momento por la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Alto Tribunal considera que los artículos que mencionábamos en el epígrafe precedente (artículo 217 para funciones deliberativas y 249

para funciones ejecutivas) no deben interpretarse de forma alternativa sino acumulativa.

Así, entiende que la exigencia de prever en los estatutos sociales los conceptos por los que se remunera al administrador no puede ser ajena al consejero delegado o ejecutivo, ni mucho menos que éste escape al alcance de tales conceptos. Tampoco acepta que pueda evitarse la fijación en junta general de su retribución máxima. Dicho de otro modo, considera que:

- el art. 217 LSC no distingue clases de administradores para regular su remuneración, sino que se refiere al órgano de administración en general, que abarca a los administradores “en su condición de tales” y a los consejeros delegados o ejecutivos, y que;
- el art. 249 no es una excepción al art. 217 LSC, sino más bien un desarrollo y especificación de éste.

En concreto, establece lo siguiente:

“El precepto no distingue entre distintas categorías de administradores o formas del órgano de administración. En concreto, cuando se trata de un consejo de administración, no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos”.

Conforme a una interpretación literal, pero sobre todo sistemática y finalista de la LSC, para el TS no existe una doble vertiente del cargo, sino una única faceta. Aboga por no distinguir, por un lado, un órgano de administración ejecutivo y de representación y, por otro, uno meramente “político” con funciones de supervisión y deliberación.

También deja claro que el simple hecho de que se puedan delegar algunas de las facultades del órgano de administración (entre ellas, las ejecutivas o de gestión), no significa que, a raíz de esa delegación, pueda considerarse que surgen categorías “autónomas” de administradores determinadas por las facultades delegadas. Esto es, no son las funciones delegadas las que definen las clases de administradores que pueda haber, sino que ocurre todo lo contrario: el órgano de

administración ya dispone de esas facultades de facto, son las propias e inherentes al mismo. Basta con acudir al tenor del art. 209 LSC (el subrayado es nuestro):

“Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”.

Así, por el concepto “gestión” debemos entender las funciones ejecutivas o de director general y por “representación” las políticas, deliberativas o de supervisión. Por tanto, cuando el art. 217 LSC, al regular la retribución, se refiere al concepto de administrador “como tal” está abarcando todas las funciones políticas, deliberativas, de representación, de ejecución, gestión, etc., con independencia de cómo decida el consejo de administración organizar dichas funciones y quién las desempeñará en la práctica (consejero delegado o ejecutivo), que es lo que se pretende regular en el art. 249 LSC. Así lo entiende el TS:

“Si algunos miembros del consejo de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, porque solo en calidad de tales pueden recibir la delegación del Consejo”.

IV. CONSECUENCIAS Y RECOMENDACIONES

Las implicaciones más evidentes de esta nueva interpretación se reflejan en una mayor transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y un refuerzo de los derechos de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, en tanto que se fortalece el rol de la junta general.

a) ¿Cómo debe pues procederse a partir de ahora?

Deben ser los socios quienes fijen, previa previsión estatutaria, mediante acuerdo adoptado en junta general, la remuneración máxima del conjunto de los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos cuando la forma de administración sea un consejo. El iter que debería seguirse a tal efecto es el siguiente:

1. Estatutos sociales: se ha de establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo de administrador. En este último caso, se han de prever los conceptos por los que se remunerará tal cargo.

2. Acuerdo de la junta general: los socios han de establecer el importe máximo de remuneración anual del conjunto de los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos, que permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación.

3. Acuerdo de los administradores: los propios administradores deben aprobar la distribución entre ellos del mencionado importe máximo de la remuneración, tomando en consideración las funciones y responsabilidades de cada uno de ellos, salvo que la junta general determine otra cosa.

4. Contrato de consejero delegado o ejecutivo: en aquellos casos en que exista un consejo de administración y a uno de los consejeros se le nombre consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título (director general), deberá celebrarse un contrato con la sociedad, que será aprobado por el consejo con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros y con la inasistencia del consejero afectado, tanto en la deliberación como en la votación, cuyo contenido habrá de ajustarse a los conceptos retributivos previstos en los estatutos y al importe máximo anual fijado por la junta general.

En definitiva, tal y como ha establecido el TS, el objetivo es que: *“Los socios estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social”.*

b) ¿Tiene alguna relación esta cuestión con el derecho de información de los socios?

Totalmente. La reforma introducida por la Ley 31/2014 y la reciente interpretación del TS pretenden otorgar garantías a los socios, que, en palabras del Tribunal: *“(…) 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”.*

Sobre todo, si recordamos que la Ley 31/2014 también modificó la LSC en el sentido de limitar

sobremanera las posibilidades de impugnar acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio y que, de forma añadida, la reforma introducida por la Ley 22/2015, de 20 de julio, en los arts. 260 y 261 LSC, relativos al contenido de la memoria de las cuentas anuales, dificultó a los socios el acceso a la información sobre el importe de la remuneración de los administradores, no siendo obligatoria esa mención en el caso de las sociedades que pueden formular balance abreviado, que son una parte considerable de las sociedades no cotizadas.

c) ¿Afecta a los llamados directores generales o gerentes?

Nuevamente la respuesta es afirmativa, si bien siempre y cuando tales directores generales ocupen un puesto en el consejo de administración, lo que sin duda desincentivará que los altos directivos quieran pertenecer a este órgano.

d) ¿Qué riesgos podrían asumirse si se cobra como consejero ejecutivo sin contar con previsión estatutaria y/o un acuerdo de la junta?

Sin pretender ser exhaustivos ni entrar en un análisis detallado de cada uno de ellos, de momento, los socios minoritarios que han sido ajenos o desconocedores de esas retribuciones, - al menos formalmente -, podrían exigir responsabilidades al consejo y el reembolso, como daños y perjuicios ocasionados a la sociedad, de las percepciones irregularmente cobradas.

Pero no podemos desconocer que pueden haber terceros que también se consideren perjudicados por esos desembolsos "irregulares" realizados por la sociedad a su consejero ejecutivo sin respaldo estatutario o acuerdo de la junta. Nos referimos a acreedores de la sociedad, especialmente en casos en que la misma tenga dificultades para el pago o, en especial, en supuestos de insolvencia (sería uno de los aspectos a considerar por un administrador concursal diligente).

Finalmente, la administración tributaria podría, si no se da cumplimiento a todas las exigencias mercantiles, cuestionar la deducibilidad de la retribución como gasto en el Impuesto sobre Sociedades, generándose pues una contingencia fiscal en la entidad pagadora.

No cabe duda de que conviene revisar de forma detenida cómo tiene resuelta esta cuestión cada sociedad y, en su caso, adoptar las medidas que procedan a fin de evitar los riesgos descritos.

El contenido de esta circular es meramente informativo y no pretende constituir asesoramiento jurídico alguno. Si pretende recibir tal asesoramiento, póngase en contacto con nosotros a través del correo electrónico alenta@alenta.com. Si no desea recibir más circulares de nuestro despacho, envíe un mensaje en tal sentido a la dirección de correo electrónico indicada.