

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS Y OTROS CONSEJEROS QUE DESEMPEÑEN FUNCIONES EJECUTIVAS

Marzo 2018

El **Tribunal Supremo**, apartándose del criterio sostenido hasta la fecha por la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina mayoritaria, concluye en su **sentencia de 26 de febrero de 2018¹** que, en sociedades no cotizadas, **la retribución de los consejeros ejecutivos** (consejeros delegados o consejeros que son a su vez ejecutivos) **queda sujeta:**

- (i) **a reserva estatutaria**, es decir, a que los estatutos establezcan el **carácter gratuito** (bien expresamente o por falta de previsión) **o retribuido del cargo**, fijando en este último caso el **sistema de retribución**, que deberá prever el/los **concepto/s retributivo/s** a percibir por los administradores: dietas de asistencia, asignaciones fijas y variables, participación en beneficios, retribuciones en especie, entregas de acciones o participaciones, sistemas de ahorro o previsión, indemnizaciones por cese, ...;
- (ii) **a la aprobación por la Junta General del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores;** y
- (iii) a los **criterios generales de determinación de la remuneración de los administradores:** proporcionalidad con la importancia y situación económica de la sociedad, correlación con los estándares de mercado, rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, ...

ANTECEDENTES

Es preciso comenzar recordando que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en

¹ La Sentencia examina el recurso presentado frente a la decisión del Registrador Mercantil de no inscribir el precepto de los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada que establecía que el cargo de administrador no sería retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, éste acordara la remuneración que tuviera por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomendaran, sin acuerdo de la junta general ni previsión estatutaria. El Registrador sustentó la calificación negativa en que la regulación estatutaria propuesta vulneraba el principio de reserva estatutaria de la retribución de administradores. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación de la calificación negativa del Registrador. La Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Registrador, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.



adelante, la “Ley 31/2014”) modificó, entre otros, los artículos 217 a 219 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”), introduciendo una importante **reforma en el régimen legal de la retribución de los administradores** de las sociedades de capital.

Un sector mayoritario de la doctrina científica, la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Audiencia Provincial de Barcelona interpretaron que las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014 establecían dos regímenes retributivos diferenciados:

- (i) el de los “*administradores en su condición de tales*”, sujeto a: (a) **reserva estatutaria** y (b) **aprobación por la Junta General del importe máximo de la remuneración anual** del conjunto de los administradores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 217 de la LSC; y
- (ii) el de los “*consejeros delegados o ejecutivos*”, sujeto al **contrato** suscrito por éstos y la sociedad, contrato que, en todo caso, debe ser aprobado por el Consejo de Administración con la abstención del consejero afectado e incorporado como anejo al acta de la sesión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 249 de la LSC.

Conforme a esta interpretación, la **retribución de los “consejeros delegados o ejecutivos” no quedaba sometida ni a la reserva estatutaria ni a la aprobación por la Junta General del importe máximo de su remuneración anual** (aplicables sólo a los “*administradores en su condición de tales*”), **bastando la aprobación por el Consejo de Administración del contrato entre el “consejero delegado o ejecutivo” y la sociedad** en los términos del artículo 249 de la LSC.

INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES TRAS LA REFORMA DE LA LEY 31/2014

La sentencia de referencia analiza el significado y alcance de la reforma introducida por la Ley 31/2014 en lo relativo a la retribución de los “*consejeros delegados o ejecutivos*” de las sociedades no cotizadas. Este **pronunciamiento** es de **enorme relevancia** por tratarse del **primero del Tribunal Supremo** en materia de retribución de administradores tras la reforma operada por la Ley 31/2014 y por **revocar el criterio interpretativo mayoritario sostenido hasta la fecha**.

El **Tribunal Supremo** concluye, en síntesis, que los artículos 217 a 219 y el artículo 249 de la LSC son **cumulativos** y no **alternativos** y que, por tanto, **el régimen contenido en los artículos 217 a 219 de la LSC es aplicable a todos los administradores, incluidos los “consejeros delegados o ejecutivos”**, resultando que la remuneración de estos últimos también está sujeta (i) a **reserva estatutaria**, (ii) a la **aprobación por la Junta General del importe máximo** de su remuneración anual y (iii) a los **criterios generales de determinación de la remuneración de los administradores**.

El alto tribunal afirma que el régimen de la **retribución de administradores** de las sociedades no cotizadas, diseñado en la LSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014, **queda estructurado en tres niveles**:

- (i) **Primer nivel**: está constituido por los **estatutos sociales**, que han de establecer el **carácter gratuito** (bien expresamente o por falta de previsión) **o retribuido del cargo**, fijando en este último caso el **sistema de retribución de todos los administradores (incluidos los “consejeros delegados o ejecutivos”)**, que deberá prever el/los **concepto/s retributivo/s** a percibir por éstos (dietas de asistencia, asignaciones fijas y variables, participación en beneficios, retribuciones en especie, entregas de acciones o participaciones, sistemas de ahorro o previsión, indemnizaciones por cese, ...).
- (ii) **Segundo nivel**: está constituido por los **acuerdos de la Junta General**, a la que corresponde establecer el **importe máximo de la remuneración anual de todos los administradores (incluidos los “consejeros delegados o ejecutivos”)**, sin perjuicio de que la Junta General pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones. Dicho **límite máximo** fijado por la Junta General **permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación**.

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 los *“consejeros delegados o ejecutivos”*.

Igualmente, podrá ser necesaria la intervención de la Junta General cuando la retribución de los administradores consista en la **participación en beneficios y/o entrega de acciones y/o opciones sobre acciones**, todo ello conforme a lo previsto en los artículos 218 y 219 de la LSC.

- (iii) **Tercer nivel**: está determinado por las **decisiones de los administradores**. Salvo que la Junta General determine otra cosa, **a ellos corresponde la distribución de la retribución entre los distintos administradores**, que se establecerá por acuerdo de éstos 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.

Cuando el Consejo de Administración designe entre sus miembros a uno o varios *“consejeros delegados o ejecutivos”*, **la determinación de todos los conceptos por los que estos consejeros puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas ha de realizarse mediante el contrato que necesariamente ha de celebrarse entre dicho/s consejero/s y la sociedad**, con las especialidades previstas en el artículo 249 de la LSC.

Afirma el Tribunal Supremo que el desarrollo y concreción del **régimen de retribución de los administradores** (incluidos los “*consejeros delegados o ejecutivos*”) a través de estos tres niveles ha de realizarse conforme a las exigencias contenidas en la propia LSC, ya sean estas de carácter general, como es el caso de los **criterios generales** contenidos en el artículo 217.4 de la LSC (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 artículo 218.2 y 3 de la LSC respecto de los límites de la retribución consistente en la participación en beneficios.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Pese a que se trata de la primera y única sentencia del Tribunal Supremo en materia de retribución de administradores tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, no puede desconocerse su enorme trascendencia práctica debido al cambio de interpretación que sobre la materia existía hasta la fecha.

En este sentido, debiendo atender a las particulares circunstancias de cada caso concreto, resultaría **conveniente**:

- (i) **Revisar los estatutos sociales**, con la finalidad de verificar que los mismos establecen el carácter gratuito (bien expresamente o por falta de previsión) o retribuido del cargo y, en este último caso, fijan el sistema de retribución de los administradores, que deberá prever el/los concepto/s retributivo/s de todos los administradores, incluyendo los de los “*consejeros delegados o ejecutivos*”.
- (ii) **Revisar los contratos suscritos con los “*consejeros delegados o ejecutivos*”**, con el objeto de comprobar que la retribución en ellos comprendida es conforme a las previsiones estatutarias y al importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores aprobada por la Junta General.
- (iii) **Verificar que la retribución de los “*consejeros delegados o ejecutivos*” es acorde con los criterios generales de determinación de la remuneración de los administradores** contenidos en el artículo 217.4 de la LSC.
- (iv) Proponer en las **próximas Juntas Generales** los acuerdos que resulten necesarios para **modificar los estatutos sociales**, si fuera necesario.

- (v) Acordar en las próximas Juntas Generales el **importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores**, planteándose la posibilidad de:
- ✓ prever, en vez de una **cifra concreta, fórmulas que permitan determinar con objetividad el importe de la misma** (piénsese en la existencia de retribuciones variables o de participaciones en beneficios o de una eventual indemnización por cese de un “*consejero delegado o ejecutivo*”); y, en su caso,
 - ✓ **aprobar o ratificar los contratos suscritos con los “consejeros delegados o ejecutivos”**, a los efectos de acordar que, respecto a dichos consejeros, la retribución máxima anual sea la que derive de dichos contratos, pudiéndose valorar la posibilidad de prever en dichos contratos que, si una futura Junta General minorara las cantidades resultantes de los mismos, el “*consejero delegado o ejecutivo*” pueda tener derecho a resolver el contrato percibiendo una indemnización.
- (vi) Finalmente, **analizar el impacto laboral y fiscal** que de la interpretación del Tribunal Supremo pudieran derivarse:
- ✓ Desde la perspectiva **laboral**, la nueva sentencia reaviva las dudas existentes sobre la **naturaleza jurídica de la relación existente entre el “consejero delegado o ejecutivo” y la sociedad** para la que presta sus servicios, **laboral o mercantil**, por lo que deberá analizarse cada supuesto y revisar los contratos suscritos con los “*consejeros delegados o ejecutivos*”. Por ejemplo, a los efectos de prever las consecuencias que se derivarían si las partes otorgaran carácter laboral a la relación y, sin embargo, en un futuro un tribunal le otorgara el carácter mercantil.
 - ✓ Desde la perspectiva **fiscal**, la nueva sentencia obliga a analizar aspectos tales como la **deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades** de la retribución de los administradores, incluidos los “*consejeros delegados o ejecutivos*”, y el **tipo de retención** aplicable a estos últimos (el correspondiente a los trabajadores o el correspondiente a los administradores).

Queremos advertirles que la presente circular es meramente informativa y, por lo tanto, contiene información de carácter general que no constituye asesoramiento jurídico. En este sentido, si a la vista del contenido del presente documento necesitaran aclarar cualquier aspecto en relación con el contenido del mismo, les rogamos se pongan en contacto con nosotros para que les asesoremos adecuadamente atendiendo a las circunstancias de su caso concreto.

Sin otro particular, les saluda muy atentamente.

BSK LEGAL & FISCAL

