

Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Corporate / M&A

Marzo 2018

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas

Iñigo Hernáez

El Tribunal Supremo ha dictado el 26 de febrero de 2018 una esperada sentencia en relación con el régimen de la retribución de los administradores y, en concreto, de los consejeros ejecutivos. En ella se exige que (i) los estatutos de la sociedad establezcan el sistema de remuneración, incluyendo el de los consejeros con funciones ejecutivas (precisando todos los conceptos remuneratorios), y que (ii) dentro del importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores fijado por la junta general se incluyan las cuantías a abonar a los consejeros ejecutivos.

Con esta interpretación, el Tribunal Supremo se desmarca de la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), para quienes las modificaciones introducidas en la regulación de la retribución de los administradores por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, establecían una dualidad de regímenes retributivos; uno para los administradores en su condición de tales, sujeto a reserva estatutaria y al acuerdo de junta que prevé al art. 217.3 de la LSC y otro para los consejeros ejecutivos, que se someterían a la regulación contractual, de acuerdo con lo dispuesto en el

art. 249.3 LSC y no al régimen general del 217 LSC. Esta doctrina, en virtud de la cual la retribución de los consejeros ejecutivos no se sometería a las exigencias de los estatutos y no estaría condicionada por los acuerdos de la junta general, sino que se fijaba simplemente en el correspondiente contrato, se vino perfilando en varias resoluciones de la DGRN y puede resumirse en lo que afirma la resolución de 17 de junio de 2016, que fue en la que fundamentalmente se basó la Audiencia Provincial para estimar el recurso de apelación.



Los fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal Supremo comienzan analizando el régimen retributivo de los administradores antes de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. A continuación, se sistematiza el contenido de la reforma de la LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre y cuyo significado y alcance, en lo relativo a la retribución de los consejeros ejecutivos, constituyen el objeto de la sentencia que nos ocupa. Sigue a ello la parte decisiva de la sentencia, en la que se aborda cuidadosamente la tesis de la Audiencia Provincial y la DGRN relativa a la desaparición de la reserva estatutaria para la remuneración de los consejeros ejecutivos.

El Tribunal Supremo no comparte las conclusiones de aquella ni la doctrina de ésta sobre el significado de la reforma del régimen legal de la remuneración de los administradores. Como apoyo para desmontar dicha tesis, el Tribunal Supremo utiliza diversos argumentos que constituyen el grueso de la sentencia y que enumeramos a continuación:

- El artículo 217 LSC no regula exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, ya que la literalidad de la norma no distingue entre distintas categorías de administradores; por tanto, lo que este precepto exige es la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo y el concreto sistema de remuneración para todo cargo de administrador y no exclusivamente para una categoría de ellos.
- Los administradores sociales, “en su condición de tales”, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas. La condición del administrador no se circunscribe al ejercicio de facultades deliberativas o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto estas facultades como las ejecutivas y el hecho de que la ley permita la delegación de algunas de esas facultades no excluye que se traten de facultades inherentes al cargo. No es correcto, por tanto, circunscribir las facultades propias de los administradores “en su condición de tales” a las que son indelegables en un consejo de administración. Si algunos miembros del órgano de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, pues sólo en calidad de tales pueden recibir la delegación del consejo.
- La mayoría de los conceptos retributivos establecidos en el art. 217.2 LSC son los propios de los consejeros ejecutivos, en concreto, la participación en beneficios (218 LSC) y la remuneración en acciones (219 LSC). De hecho, estos conceptos retributivos carecen de aplicación práctica en el caso de consejeros no ejecutivos.
- El artículo 249.bis.i. LSC prevé que el consejo no pueda delegar “las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general”. La ubicación del precepto y su referencia a los consejeros en general (por tanto, no a los consejeros ejecutivos, ni siquiera a los administradores en su condición de tales) muestran que la exigencia de reserva estatutaria se extiende a todos los administradores sociales, incluyendo los consejeros delegados y ejecutivos.

- Es contradictorio defender que, aunque el art. 217.2 LSC no es aplicable a los consejeros ejecutivos, sí lo son los arts. 218 y 219 LSC ya que estos preceptos son el desarrollo de dos de los conceptos retributivos previstos en el art. 217.2 LSC.
- Los términos del contrato del art. 249.3 y 4 LSC presupone el acuerdo del consejo por el que se distribuirá la retribución entre los distintos administradores con base en el art. 217.3 LSC. Según este precepto, el consejo deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. El Tribunal Supremo no entiende qué distintas funciones y responsabilidades, que no sean las ejecutivas, pueden determinar el desigual reparto de remuneraciones.
- La interpretación realizada por la Audiencia Provincial supondría comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente los minoritarios, lo que iría en contra de los objetivos expuestos en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

La interpretación conjunta de las anteriores consideraciones junto con la interpretación sistemática de los arts. 217, 218, 219 y 249 LSC conduce al Tribunal Supremo a concluir que lo establecido en los arts. 217 y 249 LSC no son reglas alternativas, sino que tienen un carácter cumulativo. Los arts. 217 a 219 LSC representan el régimen general, aplicable a todos los administradores incluidos los consejeros ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Supremo estructura el sistema de retribución de los administradores, tras la reforma de la Ley 31/2014, en tres niveles:

- i. Un primer nivel constituido por los estatutos sociales, que deben establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo; pero esto no sería suficiente, pues la cláusula objeto de debate en esta sentencia preveía expresamente que el cargo fuese remunerado, aunque remitía al efecto al contrato que había de firmarse con el consejero; en efecto, el Tribunal Supremo exige, además, que en los estatutos se fije el concreto sistema de remuneración que se habrá de aplicar.
- ii. Un segundo nivel se refiere a los acuerdos de la junta general, órgano encargado de fijar el importe máximo de la remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas, sin perjuicio de que en el acuerdo de la junta se pueda establecer, eventualmente, una política de remuneraciones de manera análoga a como la junta ha de proceder en las sociedades cotizadas.
- iii. El tercer nivel está determinado por las decisiones de los propios administradores a los que, salvo que la

junta determine otra cosa, corresponde la distribución de la retribución entre ellos, en consideración a las funciones y responsabilidades de cada consejero.

Esta sentencia del Tribunal Supremo está generando una lógica incertidumbre, dado que la interpretación en el sentido rechazado por nuestro Alto Tribunal había gozado de amplio predicamento en la práctica. Pero, además, su aparente claridad no evita que subsistan ciertas dudas en relación con su alcance, sobre todo en lo que se refiere al tipo de sociedad al que se extiende la interpretación. Y es que la sentencia se refiere a un precepto estatutario de una sociedad de responsabilidad limitada, donde probablemente la sensibilidad del Supremo hacia los derechos del socio minoritario y el posible impacto negativo que en ellos pudiera tener una falta de transparencia en la retribución de los consejeros ejecutivos, sea considerablemente mayor. El Tribunal Supremo no hace explícito si la diferente casuística de las sociedades cotizadas (en la que la protección parece venir del especial régimen de transparencia de las retribuciones de los consejeros) permitiría una solución distinta. El silencio sobre este particular hará posiblemente inevitable que se debata sobre la posible aplicación extensiva de esta novedosa jurisprudencia en sede de sociedades cotizadas.

En definitiva, qué duda cabe de que nos encontramos ante una resolución de enorme importancia y que generará una intensa polémica en el ámbito jurídico ya que ha venido a desmontar la interpretación que venía defendiendo, con alguna voz discrepante, una parte importante de la doctrina científica, además de la propia DGRN, sobre uno de los temas más debatidos en el ámbito del Derecho de sociedades. El Supremo, intentando atajar ciertas polémicas, ha venido a agitar un debate que estimulará interesantes discusiones sobre una cuestión que, por el momento, está lejos de ser pacífica.

Bien es cierto, por otro lado, que tampoco podemos saber en qué sentido se pronunciará el Tribunal Supremo en posteriores casos, teniendo en cuenta que esta ha sido la primera sentencia sobre el asunto y que es esperable que vengan otras en el futuro. No obstante, no pueden desconocerse el rigor y detalle del Tribunal Supremo en la fundamentación de sus conclusiones, con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo con la posición tomada en un tema que ha venido ocupando a gran parte de la comunidad jurídica durante los últimos tres años.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.