

Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Corporate / M&A

Diciembre 2018

La DGRN, a vueltas con la remuneración de administradores

Rafael Sánchez

En los últimos diez días, se han publicado en el Boletín Oficial del Estado dos Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (“**DGRN**”), de fechas 31 de octubre (la “**RDGRN de 31 de octubre**”) y 9 de noviembre (la “**RDGRN de 9 de noviembre**”), relativas a una de las cuestiones societarias más controvertidas en los últimos años: la remuneración de administradores. Su indudable importancia deriva de los matices a la interpretación del régimen legal que impuso la Sentencia del 26 de febrero de 2018.

A continuación, analizamos los hitos más relevantes acaecidos en relación con esta materia en los últimos años, para detenernos al final en lo que resulta, en la práctica, de dichas Resoluciones.

La Ley 31/2014

A finales de 2014, y fruto del trabajo durante meses de una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo creada por acuerdo del Consejo de Ministros, se publicó la Ley 31/2014, que en materia de remuneración de administradores modificó el tratamiento unitario que, hasta entonces, recibían todos los consejeros, independientemente de su tipología.

Así, la Ley 31/2014 introdujo dos regímenes: uno general para determinar la remuneración de los consejeros “en su condición de tales” (esto es, la retribución de las funciones inherentes al cargo de administrador, comunes a todos

ellos) y otro para regular la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas (que solo algunos de ellos tienen atribuidas). Esta dualidad es aplicable tanto a sociedades cotizadas como a no cotizadas, aun cuando la distinción se recoge con más claridad en el régimen de las primeras. De hecho, como más adelante se verá, el Tribunal Supremo recientemente ha cuestionado la independencia de estos regímenes para las sociedades no cotizadas, no así para las cotizadas.

Por cuanto respecta a la remuneración de los consejeros en su condición de tales, su regulación pivota, fundamentalmente, en torno a tres conceptos: (i) la reserva estatutaria, esto es, la necesidad de que todos los elementos retributivos que perciban los consejeros estén previstos en el correspondiente artículo de los Estatutos Sociales (art. 217.2 LSC); (ii) la fijación por la Junta General del importe anual máximo a recibir por el conjunto de los consejeros (art. 217.3 LSC); y (iii) la atribución al Consejo de Administración



de la facultad para distribuir esa cantidad entre los administradores, salvo que la Junta acuerde otra cosa.

Por su parte, el régimen de remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas se articula en torno a la figura del contrato a celebrar entre la Sociedad y el consejero ejecutivo, que ha de ser aprobado por al menos 2/3 de los miembros del Consejo (con abstención del consejero en cuestión por conflicto de interés) y donde se han de recoger todos los conceptos retributivos (y cantidades) que aquel vaya a percibir, de suerte que todo lo no previsto en el contrato no podrá ser cobrado (art. 249 LSC). Esta remuneración es independiente y compatible con la que un consejero ejecutivo puede recibir en su condición de tal.

De este modo, el legislador habría tratado de dotar al Consejo de Administración de autonomía organizativa y de gestión para fijar libremente los términos y condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos, con la única limitación de que sean conformes con la política de retribuciones fijada por la Junta (muy poco común en sociedades no cotizadas), pero, según la mayoría de los autores, sin los límites previstos para el otro régimen (esto es, la necesidad de reserva estatutaria y el límite máximo anual fijado por Junta General).

Por tanto, la Ley 31/2014 introdujo un sistema dual, con dos sistemas retributivos claramente distintos y diferenciables, no solo por su objeto y contenido, por sus beneficiarios o por su ubicación sistemática en la LSC, sino también por los respectivos órganos competentes para su determinación: en el caso de la remuneración de los consejeros en su condición de tal, la Junta General, y para la determinación de la retribución de las funciones ejecutivas, el Consejo de Administración (con las cautelas advertidas).

Hasta tal punto ambos regímenes se entenderían independientes, que sería compatible una mención estatutaria de que el cargo de consejero no es remunerado con la re-

tribución de un consejero por las funciones ejecutivas que este desempeñara, mediando el correspondiente contrato.

Esta interpretación de la dualidad de regímenes no solo fue sostenida por la doctrina (incluido algún miembro de la referida comisión de expertos que está en el origen de la Ley 31/2014), sino que también fue acogida por la DGRN en distintas resoluciones (RDGRN 30 de julio de 2015 o RDGRN 17 de junio de 2016).

Sin embargo, algunos fueron reticentes a admitir la validez del sistema dual en los términos anteriormente expuestos, propugnándose la aplicabilidad tanto de la necesidad de reserva estatutaria como del límite máximo fijado por Junta a cualquier remuneración que reciba un consejero, incluida aquella que tenga su origen en el desempeño de funciones ejecutivas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018

Cuando ya parecía que la interpretación mayoritaria estaba ampliamente admitida y la cuestión empezaba a resultar pacífica, el Tribunal Supremo dictó una sentencia con fecha 26 de febrero de 2018 que dio un giro de 180° a la interpretación de la reforma operada por la Ley 31/2014. No hay que dejar de advertir, por un lado, que se trata de la única sentencia que se ha pronunciado en el sentido que a continuación comentaremos, por lo que todavía no constituye fuente complementaria de derecho y, por otro, que todo apunta a que el supuesto de hecho enjuiciado fue elaborado ex profeso para obtener una sentencia del Alto Tribunal en el sentido finalmente obtenido.

El artículo estatutario que fue objeto de enjuiciamiento fue el siguiente:

“El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración

que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital."

La referida Sentencia del Tribunal Supremo no dio validez a dicha redacción, que concentraba en unas pocas líneas el supuesto extremo al que conducía la interpretación mayoritaria de la dualidad de regímenes retributivos. De acuerdo con esta sentencia, la Ley 31/2014 habría diseñado un sistema de retribución en tres niveles para las sociedades no cotizadas:

- i. **Primero:** los estatutos sociales, que deben determinar si el cargo es o no retribuido y, en su caso, el sistema de remuneración con detalle concreto de los conceptos retributivos en su condición de tales.
- ii. **Segundo:** la Junta General, que debe establecer el límite anual máximo del conjunto de los administradores, el cual permanecerá vigente en tanto la propia Junta no lo modifique.

Asimismo, la Junta también puede fijar una política de retribuciones (solo obligatoria para sociedades cotizadas), cuya intervención también se prevé tanto para la remuneración mediante participación en beneficios (art. 218 LSC) como para la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad (art. 219 LSC).

- iii. **Tercero:** el órgano de administración, que, salvo acuerdo en contrario de la Junta (que, recordemos, siempre puede impartir instrucciones al respecto), tiene autonomía para distribuir la remuneración entre sus miembros y, en el caso del consejo, por acuerdo del órgano colegiado tomando en consideración las funciones y responsabilidades de cada consejero.

Adicionalmente, cuando se deleguen funciones ejecutivas en alguno de los consejeros, se celebrará un contrato entre la sociedad y el consejero en cuestión, donde se fijen todos los conceptos por los que este puede recibir remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas.

La Sentencia del Tribunal Supremo añade que:

- a. la relación entre el artículo 217 LSC (relativo a la remuneración de los consejeros en su condición de tales y que se articula en torno a la reserva estatutaria y el límite máximo anual por Junta) y el artículo 249 LSC (que regula, entre otras cosas, la remuneración del consejero delegado por contrato) es de carácter acumulativo y no alternativo.

Por tanto, el contrato del consejero ejecutivo debe ajustarse necesariamente al marco estatutario y al im-

porte máximo anual de las retribuciones de los administradores que fije la Junta.

- b. el Consejo de Administración goza de un cierto ámbito de autonomía (por su competencia para distribuir la retribución entre los consejeros, si bien siempre dentro del marco estatutario y del importe máximo anual), que debe permitirle, además, adecuar las retribuciones por funciones ejecutivas a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, y, por tanto, el marco estatutario ha de ser entendido, a estos efectos, de forma más flexible, 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.

Como veremos a continuación, tanto la RDGRN de 31 de octubre como la RDGRN de 9 de noviembre hacen alusión a este argumento del Tribunal Supremo (de hecho, palabra por palabra una respecto de la otra).

El Alto Tribunal basó su veredicto en, fundamentalmente, los siguientes argumentos:

- i. El artículo 217 LSC, que se titula "*Remuneración de los administradores*", no distingue entre distintas formas de administración, clases de administradores o tipologías de consejeros.
- ii. En nuestro sistema monista de administración, todos los consejeros, ejecutivos y no, tienen atribuidas funciones no solo deliberativas o de supervisión, sino también de representación y ejecutivas, y prueba de ello es que el artículo 209 LSC establece que "*es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*".
- iii. Los consejeros ejecutivos reciben la delegación de funciones que son inherentes a los administradores delegantes, es decir, a su "condición de tales". Por tanto, no cabe distinguir entre "funciones ejecutivas delegables" y "funciones en su condición de tales indelegables".
- iv. La remuneración del administrador "en su condición de tal" se contraponen a aquella otra que pueda recibir el mismo administrador por relaciones de prestación de servicios o de obra que le vinculen a la Sociedad, la cual no requiere reserva estatutaria.
- v. La mayoría de los conceptos retributivos citados en los artículos 217 a 219 LSC son los propios de los sistemas de remuneración de consejeros ejecutivos.
- vi. El art. 249.bis.i LSC prevé que, entre las facultades que el consejo de administración no puede delegar, se encuentran "*las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatuta-*

rio...”, sin distinguir a tal efecto entre clases o tipos de consejeros.

- vii. Si el artículo 217.3 LSC no es de aplicación a la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas, es difícil entender qué funciones y responsabilidades, que no sean las ejecutivas, pueden determinar el desigual reparto de la remuneración entre los consejeros.
- viii. Tampoco parece razonable que la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas no solo escape a la reserva estatutaria, sino también a los principios recogidos en el art. 217. LSC (proporcionalidad, orientación a rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo, etc.).

¿Un retorno de la DGRN en su Resolución de 31 de octubre?

La RDGRN de 31 de octubre resuelve un conflicto relativo a los siguientes dos párrafos incluidos en una cláusula estatutaria, en los que, según el Registrador, no se fijaba con precisión el sistema de remuneración de los consejeros ejecutivos.

“Sin perjuicio de lo anterior, los consejeros podrán desempeñar funciones ejecutivas y/o profesionales en la Sociedad, y en tal caso, tendrán derecho a percibir, adicionalmente, las retribuciones que correspondan por el desempeño de dichas funciones ejecutivas.

A tal fin, cuando uno de los miembros del Consejo de Administración se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la Sociedad que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión y deberá detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una remuneración por el desempeño de sus 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 seguros o de contribución a sistema de ahorro.”

Así, esta RDGRN revoca la calificación del Registrador, que denegó la inscripción de estos dos párrafos, sobre la base de que sí prevén, aunque sea de un modo atípico, un sistema de remuneración para los consejeros ejecutivos, con detalle de los conceptos retributivos correspondientes (que, en este caso, serían indemnización por cese, primas de seguros y contribución a sistema de ahorro).

Es obvio que el artículo estatutario no incluye conceptos retributivos típicos (y que, seguramente, el consejero delegado afectado querrá entender que están incluidos) como una remuneración fija y una eventual remuneración varia-

ble. ¿Pero esa ausencia de lo típico impide que se pueda entender que se ha previsto un sistema sin esos dos elementos, pero sí con otros y, por tanto, imposibilita la inscripción registral del artículo? No, y así lo entiende la DGRN. Sin embargo, esta redacción probablemente no permitirá que ese consejero ejecutivo perciba, al menos reglamentariamente, un salario fijo cada mes y un bonus a final de año, ya que (i) de conformidad con el art. 249.4 LSC, el consejero no puede percibir cantidades o conceptos que no estén en el contrato y (ii) según el Tribunal Supremo, los consejeros ejecutivos no pueden percibir conceptos que no consten en los estatutos sociales; hasta ahí no llega la flexibilidad que propugnan.

Por tanto, la DGRN establece que no es tarea del Registrador valorar si los conceptos retributivos que conforman un sistema de retribución son usuales o no, sino verificar si el artículo estatutario contiene o no una descripción de un sistema, sea cual sea, que es lo que realmente se exige conforme a la interpretación que se hace de la ley.

La RDGRN de 9 de noviembre

Pocos días después, la DGRN vuelve a revocar la calificación negativa de una Registradora. Esta presupuso que el hecho de que se celebre un contrato entre la sociedad y el consejero delegado implica necesariamente que el cargo es retribuido. Así, la Registradora, con base en esa presunción y en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente comentada, no inscribió el nombramiento del consejero delegado y, además, indicó que, para que fuese inscribible dicho nombramiento, habría de modificarse el artículo estatutario relativo a la remuneración, que indicaba que el cargo era gratuito.

Lo interesante de esta RDGRN de 9 de noviembre es que se deja claro:

- i. que la celebración de contrato es obligatoria, con independencia de que el consejero delegado reciba o no remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas.
- ii. que la celebración de contrato es condición necesaria, pero no suficiente, para concluir que el desempeño de las funciones ejecutivas es remunerado, ya que se entiende que, aun cuando ese contrato sea accesorio a la relación orgánica entre la sociedad y el administrador, cabe regular en él cuestiones adicionales a la retribución, como, por ejemplo, resarcimiento de gastos. La Resolución cita algún otro ejemplo que nos resulta más dudoso, como una cláusula de permanencia.
- iii. no es competencia de los registradores verificar si el contenido del contrato cumple con las disposiciones del art. 249 LSC y, por tanto, si contradice o no el carácter gratuito o retribuido del cargo, ya que el contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

En consecuencia, de las dos Resoluciones cabe inferir que la DGRN entiende que la tarea de los Registradores ha de limitarse a verificar si la dicción de los artículos estatutarios que regulan la remuneración de los administradores se ajusta a la interpretación que se está haciendo de la ley, sin entrar a valorar aquello que no tiene acceso al Registro, como es el contrato que vincule al consejero delegado con la sociedad.

La flexibilidad de la reserva estatutaria para los consejeros ejecutivos

Resulta interesante que las dos Resoluciones comentadas hagan mención específica (con idénticas palabras) al argumento de la flexibilidad del marco estatutario en relación con los consejeros ejecutivos que el Tribunal Supremo invocó como positivo y necesario. Pero, al mismo tiempo, se echa de menos una aclaración sobre hasta dónde llega esa flexibilidad. Delimitar jurisprudencialmente los confines de dicha flexibilidad será muy positivo para una materia tan conflictiva como está resultando ser la remuneración de administradores, en especial, de los ejecutivos.

Como veremos a continuación, parte de los Registradores (al menos de Madrid) están entendiendo esa flexibilidad como alternatividad en relación con la lista de conceptos retributivos para los consejeros delegados, en contraposición a la rigidez e imposibilidad de elegir en relación con la remuneración de los administradores en su condición de tales.

Consideraciones prácticas a nivel registral

Más allá del carácter discutible, en el plano teórico, de algunos de los fundamentos de derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, los criterios que en la práctica registral de la plaza de Madrid se han impuesto tras su divulgación son los siguientes:

a. En el artículo estatutario, conviene dejar claro no solo si el cargo es o no remunerado, sino también si el desempeño de funciones ejecutivas se retribuye de forma adicional.

b. La remuneración de consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas no puede escapar al principio de reserva estatutaria y, por tanto, su correspondiente sistema debe estar expresamente previsto en los estatutos sociales, con detalle de los conceptos retributivos que puedan llegar a percibir, siendo el contrato correspondiente el lugar para fijar los conceptos y cantidades concretas.

En otras palabras, en los estatutos sociales interesa establecer una lista de conceptos retributivos completa, para después, en el contrato, elegir aquellos que interesen, teniendo en cuenta que solo se puede cobrar lo que está en el contrato y el contrato solo puede contener conceptos que consten en estatutos.

Como señalábamos antes, es aquí donde se puede observar la aplicación práctica de esa flexibilidad que propugna la referida Sentencia. Así, no se permite la alternatividad en el sistema de remuneración de los consejeros en su condición de tales y, por tanto, no cabe una lista de conceptos retributivos de la que después seleccionar aquellos que más interesen a la Junta cada año, sino que se entiende que todos los consejeros se benefician (al menos en teoría) de todos los conceptos allí previstos. De ahí que no se admitan redacciones del tipo *“el sistema de remuneración de los consejeros en su condición de tales podrá consistir en...”*, sino que se exigen redacciones que no abran una puerta a la alternatividad, como sería *“el sistema de remuneración de los consejeros en su condición de tales consistirá en...”*. Otros registros, sin embargo, muestran mayor flexibilidad a este respecto, limitando con ello la eficacia de la doctrina resultante de la sentencia del Tribunal Supremo.

c. La cuantía máxima de la remuneración anual del conjunto de los administradores debe contemplar también el importe de la retribución de consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas.

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

