

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2018. RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS O EJECUTIVOS DE SOCIEDADES NO COTIZADAS. ALCANCE DE LA LLAMADA “RESERVA ESTATUTARIA”

El Tribunal Supremo se aparta de la interpretación dada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (la “DGRN”) a la reforma del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“TRLSC”) y concluye que toda retribución percibida por un consejero debe quedar sujeta a la “reserva estatutaria” prevista en el artículo 217 del TRLSC.

I. Cuestión jurídica planteada

La cuestión jurídica objeto de debate se circunscribe a determinar el alcance de la reforma del TRLSC operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre en cuanto a la retribución de los consejeros –ejecutivos y no ejecutivos– y su regulación estatutaria o contractual.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal Supremo realiza un pormenorizado análisis de las funciones propias de los administradores y del significado y alcance de la expresión “administrador en su condición de tal” tan en boga desde la citada reforma, así como del papel que la junta de socios y el consejo de administración deben jugar en relación con la retribución de los administradores.

A la luz de dicho análisis, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que el sistema diseñado por el reformado TRLSC queda estructurado en tres niveles: el régimen estatutario, los acuerdos de la junta general de socios y las decisiones del propio consejo de administración, sin que la retribución de los consejeros ejecutivos quede excluida de la denominada “reserva estatutaria”. Ya anticipamos que la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo choca frontalmente con la dada hasta la fecha por la DGRN y la doctrina mayoritaria.

II. Antecedentes

El pronunciamiento del Tribunal Supremo objeto de análisis trae causa de la demanda presentada por una sociedad ante la calificación negativa de un registrador mercantil de una cláusula estatutaria relativa a la remuneración de administradores. El tenor literal de dicha cláusula es 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”.

El registrador consideró que esta disposición vulneraba el principio de reserva estatutaria de la retribución dado que tanto la existencia de remuneración como el concreto sistema de retribución de los administradores –sean o no ejecutivos–, deben constar necesariamente en los estatutos sociales cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración.

El juzgado de lo mercantil hizo suya esta argumentación y desestimó la demanda presentada por la sociedad impugnando la calificación registral negativa. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona optó por respaldar la tesis opuesta, sostenida por un sector muy relevante de la doctrina y por la propia DGRN, considerando que la nueva regulación del TRLSC debía interpretarse en el sentido de establecer un doble régimen retributivo de los administradores:

- (i) la **retribución de los administradores en su condición de tales**, sujeta a previsión estatutaria en los términos previstos en el artículo 217 TRLSC y siguientes; y
- (ii) la **retribución de los consejeros ejecutivos**, cuyo régimen retributivo escaparía de lo dispuesto en el artículo 217 TRLSC y quedaría regulado por el artículo 249 TRLSC, de manera que bastaría con recoger dicho régimen retributivo en el contrato suscrito con el consejero ejecutivo, siempre que éste fuera aprobado respetando el procedimiento previsto al efecto.

La sala de lo civil del Tribunal Supremo ha entrado a conocer de esta cuestión ante el recurso de casación planteado por el registrador, habiendo resuelto la misma en su sentencia número 98/2018, de 26 de febrero de 2018 (Rec. Casación 3574/2017), oponiéndose a las conclusiones alcanzadas por la Audiencia Provincial y la DRGN y extendiendo el alcance de la reserva estatutaria a la retribución de los consejeros ejecutivos.

III. **Solución dada por el Tribunal Supremo. Concepto unitario de administrador y sistema de remuneración en tres niveles**

Concepto unitario de administrador. El administrador en su condición de tal

El análisis del Tribunal Supremo parte de la definición y funciones propias de los administradores. En este sentido, determina que la condición del administrador no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas.

Explica el Alto Tribunal que en nuestro sistema el órgano de administración social es monista, ya que no existe un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. **Por lo tanto, los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas.**

En este sentido, argumenta que el hecho de que la ley permita la delegación de algunas facultades no excluye que estas sean inherentes al cargo de administrador y, con base en todo lo anterior, concluye que **la previsión estatutaria y demás exigencias a las que se refiere el artículo 217 TRLSC y los preceptos que lo desarrollan, deben necesariamente abarcar las remuneraciones en su sentido más amplio que el administrador –ejecutivo o no– reciba de la sociedad.**

En definitiva, el Tribunal Supremo se opone a la distinción realizada por la DGRN entre la retribución y funciones de los administradores “en su condición de tales” y en su condición de ejecutivos y opta por defender una significación unitaria de administrador y un concepto amplio de retribución sujeto al control de la junta de socios a través de la denominada reserva estatutaria.

La remuneración y el sistema de tres niveles recogido en el TRLSC

Partiendo de la concepción de administrador que acabamos de exponer y afirmando que una interpretación contraria comprometería seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectaría negativamente a los derechos de los socios por restringir drásticamente el papel de la junta general, el Tribunal Supremo concluye que solo cabe interpretar que el sistema diseñado por el reformado TRLSC queda estructurado en tres niveles.

Primer nivel: previsión estatutaria de cualquier retribución percibida por los administradores

El primer nivel se refiere a los estatutos sociales que necesariamente han de establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución de los administradores –ejecutivos o no–, detallando los conceptos retributivos a percibir y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los previstos con carácter ejemplificativo en el artículo 217.2 TRLSC –todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 23.e) y 217.1 y 2 del TRLSC–.

Segundo nivel: acuerdos de la junta general. Instrucciones en cuanto a la remuneración de los consejeros ejecutivos

El segundo nivel está constituido por los acuerdos de la junta general. La junta general ha de establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (incluyendo a los ejecutivos) sin perjuicio, en su caso, de acuerdos de contenido más amplio que vengan a establecer una política de remuneraciones –en el caso de las sociedades cotizadas, el acuerdo que establezca la política de remuneraciones es preceptivo–. Además, 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.

Tercer nivel: decisiones del órgano de administración

El tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores quienes, salvo que la junta general determine lo contrario, tendrán la facultad de distribuir la retribución entre los distintos administradores.

Si el consejo de administración designara entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o ejecutivos, deberán necesariamente incluirse todos los conceptos retributivos que éstos pueden percibir (incluyendo indemnizaciones, primas de seguro, etc.) en el contrato que ha de celebrarse entre dichos consejeros y la sociedad –contrato que requiere la aprobación con el voto favorable de dos terceras partes del consejo de administración por así preverlo el artículo 249 del TRLSC–.

Por tanto, de manera contraria a lo defendido hasta la fecha por la DGRN y al criterio mantenido por la Audiencia Provisional de Barcelona, el Tribunal Supremo entiende que en las sociedades no cotizadas, **la relación entre los artículos 217 y 249 del TRLSC no es de alternatividad**, –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 artículo 249 TRLSC, sin estar afectos a la reserva estatutaria–, **sino que tiene carácter cumulativo de manera que la reserva estatutaria y demás límites previstos en los artículos 217 a 219 del TRLSC son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos, y el**

artículo 249 del TRLSC debe entenderse que contiene las especialidades aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos con quienes la sociedad deberán firmar un contrato. El contenido de este contrato habrá de ajustarse, al “marco estatutario” y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores por el desempeño de su cargo fijado por acuerdo de la junta general.

IV. Consecuencias prácticas

A raíz de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, fueron muchas las sociedades no cotizadas que modificaron sus estatutos, estableciendo el régimen retributivo de sus consejeros ejecutivos mediante una remisión a los correspondientes contratos suscritos al amparo del artículo 249 LSC.

De acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo que acabamos de exponer, parece razonable concluir que (i) las juntas generales de socios de aquellas sociedades cuyos estatutos sociales no regulan el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos deberían modificar de nuevo sus estatutos sociales con el fin de que estos recojan el sistema de retribución de los administradores, incluyendo el de consejeros delegados y ejecutivos, y (ii) la junta general de socios debería establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores.

En cuanto al alcance de la reserva estatutaria, conviene señalar que el propio Tribunal Supremo ha precisado que, a raíz de las nuevas atribuciones del consejo de administración –especialmente, en lo que se refiere a la aprobación de los contratos de los consejeros ejecutivos– la reserva estatutaria ha de ser *“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”*.

Esta Nota ha sido elaborada por **Javier Gutiérrez e Isabel Moya**, Of Counsel del Área de Corporate y abogada del Área de Laboral respectivamente.

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el **1 de marzo de 2018** y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información
Pueden ponerse en contacto con:

Javier Gutiérrez
Of Counsel
Área de Corporate
jgutierrez@perezllorca.com
Telf: +34 91 423 66 18

Isabel Moya
Abogada
Área de Laboral
imoya@perezllorca.com
Telf: +34 91 426 06 27