

Daniel Cifuentes

Socio

Área de Laboral

dcifuentes@perezllorca.com

Tel: +34 91 423 66 89

Fax: +34 91 436 04 30

Francisco León

Of Counsel

Área de Corporate

fleon@perezllorca.com

Tel: + 34 91 432 13 09

Fax: + 34 91 436 04 30

Nuevas obligaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo, relativas a la contratación, destitución y remuneración de consejeros delegados, consejeros ejecutivos, consejeros y directivos

1. Introducción

El pasado 4 de diciembre se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”) para la mejora del gobierno corporativo (la “Ley 31/2014”). La reforma incide especialmente en la regulación de las sociedades cotizadas aunque también introduce novedades significativas aplicables con carácter general a las sociedades de capital.

En concreto, la presente nota tiene por objeto señalar los aspectos más relevantes introducidos por la Ley 31/2014 en relación con (i) la nueva obligación de celebrar un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o los consejeros con funciones ejecutivas y (ii) el nombramiento y destitución de directivos con dependencia del consejo de administración, en las sociedades no cotizadas.

2. La necesidad de formalizar contractualmente la relación con el consejero delegado y los consejeros ejecutivos ex artículo 249 LSC

Con carácter general, se puede decir que el objetivo de la reforma del artículo 249 de la LSC consiste en la clarificación del régimen de retribución de los administradores que desempeñen funciones ejecutivas. Hasta la reforma de 2014, la ausencia de una regulación específica sobre esta materia, la relación contractual y la remuneración de los administradores que desempeñen funciones ejecutivas, generaba incertidumbres y había dado lugar a posiciones diferentes y no unificadas en la jurisprudencia.

Así, la nueva redacción de artículo 249 de la LSC establece la obligación de formalizar un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o el consejero que tenga funciones ejecutivas en virtud

de otro título (ej. consejero que al mismo tiempo ostenta la condición de director general en la empresa). La celebración de este contrato se impone con carácter necesario e imperativo, debiendo ser aprobado con una mayoría reforzada de dos tercios de los componentes del consejo de administración. Adicionalmente, hay que resaltar que (i) el consejero afectado no puede participar en la votación relativa a la aprobación del contrato, ya que se encuentra en una posición de conflicto de interés, y que (ii) el contrato aprobado por el consejo de administración se ha de adjuntar al acta como anejo.

Del mismo modo y tras la modificación operada, la LSC regula también el contenido mínimo que debe tener este contrato, con una especial atención a la retribución de los consejeros delegados y de los consejeros a los que se haya encomendado funciones ejecutivas. El nuevo artículo 217 LSC establece que los estatutos de la sociedad han de prever el régimen de la remuneración de los administradores en su condición de tales (art. 217 LSC). La retribución de los consejeros delegados y de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas se sujeta a lo dispuesto en el artículo 249 de la LSC. Se trata de otra de las importantes novedades de la reforma de 2014.

En efecto, en el mencionado contrato se pueden concretar y especificar los deberes legales así como determinar sus funciones de conformidad con las facultades que hayan sido objeto de delegación. En la práctica, el nuevo contrato será el instrumento apropiado para regular de forma detallada las obligaciones de los administradores, concretar el deber de diligencia, y prever un reforzamiento del deber de lealtad o del deber de secreto, el establecimiento de pactos de no competencia una vez concluida la relación con la sociedad, una regulación convencional sobre la terminación de la relación con la sociedad, etc. En todo caso, las disposiciones del contrato habrán de respetar el marco normativo de las sociedades de capital y no pueden ser contrarias a lo dispuesto en esta regulación con carácter imperativo.

Más en concreto y en relación a la remuneración, en el nuevo artículo 249 de LSC se determina que las condiciones de remuneración han de quedar recogidas en el contrato de forma detallada con el objetivo de que se fijen de manera precisa y concreta los conceptos retributivos y las cantidades que se vayan a recibir. Esta medida se refuerza con la prohibición de que los consejeros puedan percibir retribución alguna por el desempeño de las funciones ejecutivas por cantidades o conceptos que no estén previstos en el contrato.

Así, la exigencia de que el contrato especifique los conceptos y las cantidades de la remuneración implica que se tenga que detallar de forma concreta cada uno de los componentes de la remuneración y que no quepa recibir cantidades por conceptos no contemplados en el contrato. En este sentido, se debe entender, por ejemplo, que las retribuciones en especie, como una vivienda o un vehículo, deben estar previstas de forma explícita y no se pueden considerar comprendidas, en principio, en la retribución fija.

Respecto de la retribución variable, lo cierto es que la Ley 31/2014 no ha incluido ninguna mención expresa a cómo deben articularse los sistemas de bonus o incentivos aplicables a los consejeros delegados y consejeros ejecutivos. No obstante y en atención al principio de retribución adecuada que se recoge en el nuevo artículo 217 de la LSC -también modificado por la Ley 31/2014- que regula la remuneración de los administradores, parece prudente pensar que la retribución variable de los consejeros delegados y consejeros ejecutivos haya también de adecuarse, en la medida en que sea razonable en las sociedades no cotizadas, a lo previsto en la Recomendación C (2009) 3177 que se complementa con las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE, de modo que (i) se sujete al

logro de objetivos de rendimiento que sean predeterminados y medibles, y (ii) promueva la sostenibilidad y la creación de valor a largo plazo para las empresas.

Igualmente, es importante señalar que las indemnizaciones por cese o por un pacto de no competencia posterior a la terminación en el cargo deben estar igualmente contempladas en el contrato así como las condiciones para fijar su cuantía.

En conclusión y a la vista de la nueva redacción del artículo 249 de la LSC, los consejeros delegados y los consejeros ejecutivos no podrán percibir cantidades por el ejercicio de sus funciones que no estén expresamente amparados por el contrato suscrito con la sociedad. **En consecuencia, la recepción de remuneraciones no previstas contractualmente se habrá de considerar como pagos indebidos realizados por la sociedad que deberán ser reintegrados.**

3. La obligación de regularizar las situaciones previas. La entrada en vigor de la Ley 31/2014

Dado que la Ley 31/2014 no establece en su Disposición Transitoria ningún régimen transitorio específico respecto de las modificaciones introducidas en el artículo 249 de la LSC, se debe entender que (i) las nuevas obligaciones reguladas en el mencionado artículo resultan de aplicación desde el momento en que la Ley 31/2014 entró en vigor, es decir, desde el pasado 24 de diciembre de 2014, y (ii) resulta necesario adecuar y adaptar la situaciones previamente existentes en la sociedad a la nueva regulación.

Ahora bien, en la medida en que antes de proceder a la formalización de los nuevos contratos será necesario –seguramente en la mayoría de los casos– llevar a cabo una modificación estatutaria para adaptar los estatutos sociales a las nuevas exigencias establecidas por los artículos 217 y 249 de la LSC, parece razonable que resulte de aplicación al presente caso el mismo régimen transitorio establecido en el Disposición Transitoria de la Ley 31/2014 para otras modificaciones operadas en la LSC, es decir, deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad al 1 de enero de 2015.

Los diferentes supuestos que, en la actualidad, estarían sujetos a regularización son los siguientes:

- (i) *Consejero Delegado que presta sus servicios y es remunerado por sus funciones ejecutivas sin que los términos y condiciones de su prestación consten en un contrato:* En este caso, será necesario formular un contrato entre la sociedad y el consejero delegado de acuerdo a los términos establecidos en el artículo 249 de la LSC.
- (ii) *Consejero Delegado que presta sus servicios bajo un contrato que regula los términos de esa prestación:* Dado que el contrato ya existe, simplemente deberá ser ratificado por el consejo de administración con las mayorías establecidas en el artículo 249 de la LSC y adjuntado al acta de la reunión como anejo.
- (iii) *Consejero Delegado que compatibiliza su cargo con el de Director General y los términos de su prestación de servicios se encuentra regulados a través de un contrato de alta dirección:* Sin lugar a duda, se trata del supuesto más complejo a la hora de afrontar su regularización. Sin entrar a valorar la naturaleza del vínculo (mercantil o laboral) que, en estos casos, pueda unir al consejero delegado con la sociedad, lo cierto es que, a la vista del tenor literal del nuevo artículo 249 de la LSC, parece que la solución más correcta sería

novar expresamente el contrato de alta dirección en un contrato de consejero delegado, el cual se debería formalizar en los términos señalados anteriormente.

No obstante lo anterior, si se tiene en cuenta que el propósito de la reforma operada por la Ley 31/2014 ha sido la de potenciar la transparencia y el compromiso del Consejo de Administración en la aprobación de las condiciones de remuneración de los consejeros ejecutivos de las sociedades, parece también razonable que la obligación de formalizar un contrato establecida en el artículo 249 de la LSC, se entienda también cumplida mediante la ratificación de los términos del contrato actualmente existente por dos tercios del consejo de administración y su incorporación como anejo al acta.

- (iv) *Consejero que desempeña funciones ejecutivas a través de un contrato de trabajo:* Estaríamos ante el supuesto típico del alto directivo que desempeña sus funciones como director general o como directivo y que, al mismo tiempo, es miembro del consejo de administración. En este caso, será necesario que el contrato laboral del consejero sea igualmente ratificado por dos terceras partes de los miembros del consejo de administración (recordemos, nuevamente, que el consejero afectado se debe abstener de asistir a la deliberación y participar en la votación). Del mismo modo, el contrato de alto directivo vigente hasta este momento, se deberá adjuntar como anejo al acta de la reunión del consejo.

4. Nuevas obligaciones en relación con los directivos que dependen del consejo de administración

Adicionalmente a los cambios introducidos respecto de los consejeros delegados y consejeros con funciones ejecutivas, la Ley 31/2014 también ha introducido importantes cambios que afectan al personal directivo que no forma parte del consejo de administración. Dichas modificaciones traen causa en la evidente trascendencia que el desempeño de sus funciones ejecutivas tiene desde la perspectiva de los intereses sociales.

En concreto y de acuerdo a la nueva redacción del artículo 249 bis h) de la LSC, desde el 1 de enero de 2015, serán funciones indelegables del consejo de administración el nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución. Es importante señalar que, a diferencia de los supuestos analizados anteriormente, no se hace mención a la aprobación del contrato mismo ni tampoco a que se adjunte como anejo al acta de la sesión.

Como se puede observar, la facultad indelegable del consejo de administración se extiende a los directivos que tengan dependencia directa con el consejo de administración o de alguno de sus miembros. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que se habrá de concretar en cada caso. Obviamente, en esta categoría habrá que entender que se encuentran siempre comprendidos los altos directivos ya que, de acuerdo con su definición legal, dependen del consejo de administración de forma directa. Por otro lado, en el caso de que la sociedad cuente con un comité de dirección en el que participe el consejero delegado o que, regularmente, reporte o actualice al consejo de administración, los miembros de ese comité que no sean consejeros tendrán también la consideración “de directivos que tuvieran dependencia directa del consejo” ex artículo 249 bis h) de la LSC. Ello significa que también habrán de ser nombrados y destituidos por el consejo de administración necesariamente. En relación con el resto de los cargos en una empresa, no es

posible hacer un pronunciamiento de carácter general, ya que dependerá del supuesto de hecho. Lo decisivo, en todo caso, será la dependencia directa del directivo respecto del consejo de administración en relación con las instrucciones que reciba y la rendición de cuentas.

Finalmente y respecto de la cuestión sobre si la necesaria intervención del consejo de administración en estas materias debe producirse, inexcusablemente, con carácter previo a la contratación o cese del directivo, o si por el contrario, cabe admitir la posibilidad de una posterior ratificación por el consejo de administración, parece razonable aceptar que la posterior ratificación por el consejo de administración sería igualmente conforme a lo previsto en el artículo 249 bis h) de la LSC. **No obstante y desde una perspectiva estrictamente laboral, en los casos de cese será siempre aconsejable que el consejo de administración se haya pronunciado previamente al respecto, y ello a efectos de evitar eventuales alegaciones en el proceso laboral sobre defectos procedimentales que, de alguna manera, pudieran incidir sobre la resolución final del mencionado cese.**

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. La presente Nota ha sido elaborada 26 de febrero de 2015 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.