

SENTENCIA 98/2018 DE 26 DE FEBRERO DEL TRIBUNAL SUPREMO: CAMBIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS O EJECUTIVOS DE SOCIEDADES NO COTIZADAS

El Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 26 de febrero de 2018, ha modificado la interpretación mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y la doctrina mayoritaria en relación con el régimen retributivo de los consejeros ejecutivos.

La cuestión que resuelve el Tribunal Supremo por primera vez desde la reforma de la Ley de Sociedades de capital (LSC) operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, es si la remuneración de los consejeros por el ejercicio de funciones ejecutivas queda dentro de la reserva estatutaria contemplada para los administradores por sus funciones como tales, así como la forma en que debe aprobarse la remuneración que, en su caso, perciban los administradores por sus funciones ejecutivas.

El Tribunal Supremo concluye que el artículo 217 de la LSC es aplicable también a la remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas y, por tanto, (i) los estatutos deben prever el sistema de remuneración de estos consejeros y (ii) la Junta General debe establecer el importe total máximo de la remuneración anual de los administradores, incluyendo la retribución de los consejeros delegados.

Antecedentes

El procedimiento que dio lugar a dicha Sentencia se inició a raíz de la calificación negativa del Registrador Mercantil del siguiente artículo estatutario:

“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.”

Dicha calificación se recurrió ante el Juzgado de lo Mercantil, el cual desestimó íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia Provincial (AP) estimó el recurso de apelación basándose en la interpretación mayoritaria de los artículos 217 y 249 LSC. A continuación, el Registrador Mercantil planteó un recurso de casación contra la sentencia de la AP ante el TS basado en la infracción de dichos artículos.

Recordemos que hasta la fecha, la DGRN y la doctrina mayoritaria defendía la dualidad de regímenes retributivos; (i) uno, para los “*administradores en su condición de tales*” previsto en el art. 217 LSC, que exigía la previsión en los estatutos sociales del sistema retributivo a favor de los mismos, y un acuerdo en Junta aprobando el importe máximo de dicha retribución; y (ii) otro, para los “*consejeros ejecutivos*” que quedaba al margen del anterior y se regulaba por el contrato previsto en el art. 249 LSC, en el que constaban las funciones delegadas al consejero,

así como los conceptos retributivos por las mismas, y debía ser aprobado por dos tercios de los miembros del Consejo de Administración. En este sentido, ello conllevaba que la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas quedaba al margen de lo dispuesto en los Estatutos sociales y del acuerdo de Junta general sobre el régimen retributivo.

Postura del Tribunal Supremo

El análisis del Tribunal Supremo parte de la definición y funciones propias de los administradores, y determina que la condición de administrador no se limita al ejercicio de facultades de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas. Por tanto, aboga por un sistema de administración societaria monista, ya que el cargo de administrador comprende en general la gestión y representación de la Sociedad de acuerdo con el art. 209 LSC.

Por ello, 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.

El Tribunal Supremo se pronuncia a favor de interpretar que **los artículos 217 y 249 LSC no son alternativos, sino de aplicación cumulativa, y exige la constancia en los estatutos sociales del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, para todo cargo de administrador, incluyendo el relativo a los consejeros delegados.**

Por tanto, no es suficiente para la aprobación de la retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas la aplicación del artículo 249 LSC, esto es, la exigencia de un **contrato aprobado por una mayoría de dos tercios del consejo de administración**, sino que, además se requiere:

- ✓ **Que los estatutos sociales contengan dicha retribución, así como el concepto o conceptos retributivos** (aunque no se refiere a su cuantía).
- ✓ **Que el importe de dicha remuneración esté comprendido en la cuantía máxima aprobada por la Junta General** como remuneración anual del órgano de administración.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Supremo concluye 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.

Segundo nivel: acuerdos de la Junta General. Instrucciones en cuanto a la remuneración de los consejeros ejecutivos

La Junta General ha de establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (incluyendo a los ejecutivos).

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, se deberá formalizar entre ellos y la Sociedad el contrato al que se refiere el art. 249 LSC, incluyendo todos los conceptos retributivos que éstos pueden percibir (incluyendo indemnizaciones, primas de seguro, etc.).

Consecuencias

De acuerdo con esta Sentencia, será necesario revisar los estatutos sociales de las sociedades mercantiles con el fin de asegurar que estos recogen el sistema de retribución de los administradores, incluyendo el de los consejeros delegados y ejecutivos, así como adoptar en cada caso los correspondientes acuerdos sociales en relación con el importe de dicha retribución.

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 anteriores.

Estas conclusiones tendrán su necesario reflejo en sede del Impuesto sobre Sociedades, ya que la remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas únicamente será deducible cuando cumpla la normativa mercantil.

En caso de necesitar cualquier aclaración adicional, por favor pónganse en contacto con nosotros.

Diana Gago Comes.