

CIRCULAR INFORMATIVA EXTRAORDINARIA – MARZO 2018**CAMBIO DE CRITERIO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SENTENCIA DE FECHA 26 DE FEBRERO DE 2018 RELATIVA A LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS O EJECUTIVOS EN SOCIEDADES NO COTIZADAS****I) Introducción**

El Tribunal Supremo ha dictado en fecha 26 de febrero de 2018 una Sentencia de especial relevancia para las sociedades no cotizadas en materia de retribución de administradores ya que se aparta de la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante la “**DGRN**”), la mayoría de la doctrina científica, así como las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª el 30 de junio de 2.017 y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 2 de mayo de 2.017 al establecer que la retribución que perciba un consejero miembro de un consejo de administración por sus funciones ejecutivas también debe quedar incluida en los estatutos sociales de la sociedad.

II) Antecedentes

La cuestión jurídica objeto de debate trae causa de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante la “**Ley**”).

La Ley reformó, entre otros, los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante la “**LSC**”), además de incluir unos nuevos artículos aplicables sólo a las sociedades cotizadas, provocando con ello la discusión de si toda la retribución que percibían los consejeros delegados y/o aquellos consejeros con funciones ejecutivas de sociedades no cotizadas debía constar en los estatutos sociales de la sociedad, o sólo aquella que no está relacionada con el ejercicio de las funciones ejecutivas, es decir, la de los administradores “*en su condición de tales*”.

El debate existente al respecto trae causa de los nuevos artículos 217 y 249 de la LSC que habían sido interpretados de forma mayoritaria de la siguiente forma:

- (i) La retribución de los administradores en su condición de tales: quedaba sujeta a la previsión estatutaria en los términos previstos en el artículo 217 de la LSC (incluía cualquier retribución que percibieran un administrador único, dos administradores mancomunados, dos o más administradores solidarios y la retribución fijada por sus funciones deliberativas y de supervisión a los miembros del consejo de administración).
- (ii) La retribución del consejero delegado y/o consejeros ejecutivos: no quedaba sujeta a previsión estatutaria al no resultarle de aplicación el artículo 217 de la LSC y configurarse la misma por medio del art. 249 de la LSC, siendo únicamente necesario un acuerdo del consejo por mayoría reforzada aprobando el conocido como contrato de consejero ejecutivo, salvo que la Junta hubiera aprobado la política retributiva del Consejo y hubiera fijado la retribución de dichos consejeros previamente (supuesto opcional establecido en el art. 249 de la LSC).

No obstante, el Tribunal Supremo disiente de dicha interpretación de dichos preceptos, acoge la doctrina considerada minoritaria y revoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 30 de junio de 2.017 en los siguientes términos.

III) Criterio adoptado por el Tribunal Supremo

(i) *Concepto unitario de administrador*

El Tribunal Supremo parte del análisis del concepto de administrador y de las funciones que resultan inherentes a todo administrador, concluyendo que incluso en supuestos de consejo de administración, los consejeros no tienen limitadas sus funciones a facultades deliberativas y de supervisión, sino que son inherentes a su condición de administradores tanto éstas como las ejecutivas.

Por lo tanto, concluye que los administradores sociales, cualquiera que sea el sistema escogido de administración, en su condición de tales, tiene facultades deliberativas, representativas y ejecutivas.

Consecuencia de dicha conclusión, concluye que la previsión estatutaria y demás exigencias que establece el art. 217 de la LSC abarcan necesariamente las remuneraciones de los administradores en su sentido más amplio y no excluyen las que perciban los consejeros por sus funciones ejecutivas.

(ii) *Los niveles de fijación de la remuneración de los administradores en base a la LSC*

El Tribunal Supremo, tras concluir cual es a su juicio el concepto de administrador y afirmando que otra interpretación comprometería la transparencia de la retribución de los consejeros ejecutivos y afectaría negativamente a los derechos de los socios (por restringir el papel de la Junta General en la fijación de tal retribución), concluye que el sistema de remuneración de los administradores configurado por la LSC está estructurado en tres niveles, a saber:

Primer nivel: Reserva estatutaria de cualquier retribución a percibir por los administradores

Los estatutos sociales deben establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en caso de ser retribuido, fijar el sistema de retribución de los administradores, tanto ejecutivos como no ejecutivos, detallando los conceptos retributivos a percibir.

Conviene resaltar que el Tribunal Supremo ha matizado el alcance la reserva estatutaria y ha establecido que *"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 del Tribunal Supremo"*.

Segundo nivel: Competencia de la Junta General

La Junta General ha de establecer el importe máximo de la remuneración anual de los administradores (incluyendo los ejecutivos, en su caso). Asimismo, la Junta podrá acordar la política retributiva de la sociedad.

Tercer nivel: Decisiones del órgano de administración

Finalmente, el órgano de administración tendrá la facultad de distribuir la retribución fijada por la Junta entre los administradores.

Si el consejo de administración designa consejero delegado y/o consejeros ejecutivos, los conceptos retributivos que perciban éstos deberán estar incluidos dentro del límite acordado por la Junta, fijándose en el contrato de consejero todos los conceptos retributivos de éste y

aprobándose por el consejo con el voto favorable de dos terceras partes del consejo de administración.

(iii) Conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha adoptado un criterio contrario a la interpretación que la DGRN, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y la mayoría de la doctrina científica venían realizando de la relación de los artículos 217 y 249 de la LSC para las sociedades no cotizadas, concluyendo que la relación de dichos preceptos es cumulativa y no alternativa, de manera que ambos preceptos resultan de aplicación a la retribución de los llamados consejeros delegados o ejecutivos, debiendo adaptarse el contrato a suscribir con estos al marco fijado estatutariamente y a los acuerdos en materia de retribución que determine la junta general de la sociedad.

IV) Conclusiones

De conformidad con la interpretación otorgada por el Tribunal Supremo a los artículos 217 y 249 de la LSC, sin perjuicio que consideramos que el debate no queda cerrado, recomendamos: (i) que en aquellas sociedades en las que sus estatutos sociales no regulen la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos deberían modificarlos a fin que recojan el sistema de retribución que incluya la retribución de dicha tipología de consejeros; y (ii) que la junta general de socios establezca el importe máximo de retribución de los administradores incluyendo la retribución que perciben dicha tipología de consejeros.

Esta Nota Informativa no contiene una información exhaustiva y completa para la toma de ninguna decisión, asimismo tampoco constituye la prestación de un servicio de asesoramiento legal, fiscal o de cualquier otra clase. Por ello, no debe tomarse ninguna decisión sin la consulta previa, personal y directa, al profesional que corresponda. En otro caso, toda responsabilidad recaerá, única y exclusivamente, en quien hubiera tomado cualquier decisión en base a la mera información de esta Nota Informativa.