

Doctrina

Por Ana Belén Campuzano, catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad San Pablo CEU y socia de Dictum Abogados.

La retribución de los administradores sociales en sociedades no cotizadas

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital, siguiendo las consideraciones de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, introdujo relevantes modificaciones en relación con la retribución de los administradores sociales. En consonancia con ello, la Ley de Sociedades de Capital contempla las reglas para la determinación de la remuneración de los administradores, tanto en el ámbito de las sociedades de capital no cotizadas –normas aplicables a todas las sociedades de capital– como, específicamente, en relación con las sociedades cotizadas, para las que recoge especialidades en la remuneración de los consejeros.

La regulación de la retribución de los administradores en las sociedades de capital no cotizadas –normas aplicables a todas las sociedades de capital– persigue, entre otros objetivos, que ésta sea más conforme con el interés de la sociedad y de los socios. El Tribunal Supremo ha afirmado que la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles (*SSTS de 18 de*

junio de 2013; de 19 de diciembre de 2011; de 29 de mayo de 2008; y de 24 de abril de 2007). Con ese objetivo, las previsiones incorporadas en este ámbito se centran, principalmente, en dos cuestiones.

En primer lugar, en la delimitación de la exigencia de previsión estatutaria del sistema de remuneración de los administradores en su condición de tales –para que el cargo de administrador no tenga carácter gratuito– (arts. 217. 1 y 2 LSC) y su coordinación con la norma que dispone, en caso de consejo de administración, que cuando un miembro del consejo sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad, contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de 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 seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato, que, además, deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general (art. 249. 3 y 4 LSC). De la literalidad de esta previsión en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de

administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo 249.4 "... deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general". Consecuentemente, es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, exigiendo el artículo 249.4 que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria alguna (*RRDGRN de 5 de noviembre y 30 de julio de 2015*). En efecto, se parte de la consideración del cargo como gratuito, salvo que los estatutos dispongan lo contrario determinando el sistema de remuneración (art. 217.1 LSC, en relación con los arts. 23 letra e LSC y 124.3 RRM). Precizando a continuación que ese sistema de remuneración establecido en los estatutos determine el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales (art. 217.2 LSC) y exigiéndose en las disposiciones relativas al consejo de administración un contrato para el nombrado consejero delegado o ejecutivo, contrato que deberá detallar todas las retribuciones percibidas por este título y que deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Parece, por tanto, que la Ley de Sociedades de Capital ha querido diferenciar la retribución de los administradores como tales –que está sujeta a la previsión en los estatutos del sistema de remuneración- de la retribución que puedan percibir dichos administradores por la realización de otras funciones que, como sucedería en el caso de consejeros delegados o ejecutivos, quedaría sujeta a la formalización de un contrato con la sociedad. En esta línea, las *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de junio de 2016 y de 10 de mayo de 2016*, afirman que, conceptualmente, deben separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo. Así, las referidas *Resoluciones* destacan que el sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en

los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores). El sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de consejero como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que da lugar el nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (art. 217.2 LSC). Sin embargo, se precisa que también en esos supuestos referidos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo –es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa- tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate). Lo único que se entiende que no cabría es un contrato

laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración. Estas consideraciones llevan a la Dirección General de los Registros y del Notariado a la conclusión de que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador -con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal- añada que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato. Y a esta remuneración por el ejercicio de funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales. Por ello, se considera que ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios; previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general» (art. 249.4 LSC).

En segundo lugar, se precisa que el sistema de remuneración establecido en los estatutos, determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes: una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios (regulada específicamente en el art. 218 LSC; *RDGRN de 15 de julio de 2015*), retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución (contemplada en el art. 219 LSC), indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos. Por sistema de retribución puede entenderse el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución (*SSTS de 17 de diciembre y de*

9 de abril de 2015). A este respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado indica que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en los estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales o cualquier otro sistema que se desee establecer. El régimen legal de retribución de los administradores en su condición de tales exige que se prevea en los estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos. Como afirma la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando se ha expresado que esos sistemas no pueden ser alternativos lo que ha entendido es que no es suficiente la mera previsión estatutaria de varios sistemas y dejar al arbitrio de la junta general la determinación de cuál de ellos debe aplicarse en cada momento (*RRDGRN de 21 de enero de 2016, de 12 de marzo de 2015 y de 12 de noviembre de 2003*). El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Los estatutos deben incluir los concretos conceptos retributivos que deberán utilizarse para remunerar a los administradores, la estructura del paquete retributivo o «sistema de remuneración» (art. 217.1 y 2 LSC). Y, salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. Además, la memoria integrante de las cuentas anuales deberá contener, entre sus menciones, el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de

pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo (art. 260 undécima LSC).

En fin, las previsiones generales sobre remuneración de los administradores se cierran con una serie de “condiciones” que deben informar la remuneración de los administradores y el sistema de remuneración previsto estatutariamente. En cuanto a la remuneración de los administradores, *deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. Por lo que respecta al sistema de remuneración establecido, deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.*