

*La Ley de Reforma de la LSC***La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital****Fernando Marín de la Bárcena***Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid**Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

1. Introducción

El nuevo régimen de retribución de los administradores ha generado gran interés en la práctica, pues es un tema que tradicionalmente ha planteado problemas sobre cuestiones esenciales (naturaleza jurídica de la relación de administración), que se extendieron al ámbito laboral y fiscal (doctrina del vínculo).

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece ahora que no se considerarán liberalidad las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad (art. 15.3e, último inciso). Esto implicará cierta relajación en lo que se refiere al cumplimiento de la regulación mercantil por los operadores, ya que el verdadero incentivo estaba en la deducibilidad fiscal. Aun así, conviene obrar con prudencia. No es posible descartar *a priori* todo riesgo de contingencia fiscal por este motivo y, en muchos casos, no se podrá afirmar que el administrador desempeña funciones de alta dirección ni que su relación con la sociedad sea laboral.

En las líneas que siguen analizaremos los aspectos societarios de la nueva regulación a partir de la distinción principal entre los diferentes sistemas de organización de la administración (estructura simple o compleja). La cuestión más conflictiva se refiere a la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos,

que en nuestra opinión hay que resolver mediante la interpretación sistemática del régimen general (arts. 217 a 219 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital o LSC) y el especial aplicable a las sociedades cotizadas (art. 529 *septdecies*, *octodecies* y *novodecies*). En conexión con ello expondremos algunas consideraciones sobre el nuevo contrato de administración.

2. Sistemas de estructura simple

Las reglas básicas sobre retribución de los administradores no han variado en lo esencial cuando se trata de un administrador único, solidarios, mancomunados o consejo de administración sin delegación de facultades ni atribución de funciones ejecutivas a uno o varios consejeros determinados.

Se mantiene la regla de que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el *sistema* de remuneración (art. 217.1 LSC) y prevean el *concepto o conceptos retributivos* a percibir por los administradores, sea una cantidad fija, variable, dietas, indemnizaciones, etc. (art. 217.2 LSC).

La junta general debe aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, que permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación (*v. gr.*, retribución variable con un máximo del doble o triple de la retribución fija). La distribución

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

entre los administradores, cuando sean varios, se decidirá por acuerdo de éstos según sus respectivas funciones, salvo disposición distinta de la junta general (art. 217.3 LSC). También se mantienen las especialidades de la remuneración mediante participación en beneficios y vinculada a las acciones de la sociedad (arts. 218 y 219 LSC).

La principal novedad reside por tanto en la disposición de un límite legal «programático» a la retribución en función de la importancia de la sociedad, la situación económica y los estándares de mercado de empresas comparables (art. 271.4 LSC). También es destacable, aunque está regulado entre los deberes de fidelidad, la prohibición expresa de recibir *retribuciones externas*, esto es, la prohibición de obtener ventajas o remuneración de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía o lo autorice la sociedad (art. 229 e LSC).

Cabe señalar, por último, que el régimen legal —estatutario— de retribución de los administradores se aplica a las retribuciones percibidas por el desempeño de las funciones propias de la administración de la sociedad. Las retribuciones percibidas por funciones ajenas o accesorias a las orgánicas (*v. gr.*, servicios de ingeniería, dirección de obra, asesoramiento jurídico, etc.) quedan excluidas de este régimen. El establecimiento o la modificación de las condiciones de estos contratos de prestación de servicios deberán contar con el acuerdo de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 220 LSC) y, en todos los tipos societarios, deberán observarse los deberes de abstención de los administradores con conflicto de intereses (art. 229 LSC).

3. El consejo de administración con delegación de funciones

3.1. Exposición general del sistema

La regulación que plantea más problemas en la praxis es la que afecta al consejo de administración con delegación o atribución por otro título de funciones ejecutivas en uno o varios consejeros (art. 249.1 LSC).

Las retribuciones de los consejeros delegados o de los consejeros a quienes se atribuyan funciones ejecutivas por cualquier otro título (apoderamiento en el sentido de mandato) han de constar en un *contrato de administración* firmado con la sociedad, que deberá ser redactado por escrito, aprobado previamente por el consejo (mayoría de dos tercios con abstención del afectado) y unido al acta como anejo (art. 249.3 LSC).

Se trata de todo tipo de retribuciones (*v. gr.*, en especie, planes de pensiones y de ahorro, indemnizaciones por cese, pagos derivados de la prohibición de competencia postcontractual, etc.) por el desempeño de funciones ejecutivas de dirección (es decir, al más alto nivel en el organigrama empresarial y con plena autonomía y responsabilidad). Las retribuciones que no consten en el contrato debidamente aprobado se considerarán percibidas de forma ilícita y deberán ser devueltas a instancias de cualquier legitimado, aunque es razonable pensar que, al menos en las relaciones internas, los litigios que puedan surgir acabarán resolviéndose del mismo modo en que se hacía con anterioridad a la reforma (*v. gr.*, aplicación de la doctrina de los propios actos).

La cuestión más conflictiva consiste en determinar si los conceptos relativos a estas retribuciones deben constar en los estatutos y su cuantía máxima conjunta anual debe ser aprobada por la junta general o, por el contrario, sólo han de constar en el contrato de administración debidamente aprobado por el consejo.

Es una cuestión que, en nuestra opinión, hay que resolver mediante el análisis de la construcción dogmática sobre la que se justificó la propuesta de reforma, que parte de la distinción entre dos tipos de relaciones jurídicas:

- La relación que surge como consecuencia del nombramiento de los

consejeros por la junta general se califica de «originaria» y se reconoce su naturaleza contractual-societaria (relación de los consejeros «en su condición de tales»). Esta relación se regiría por la Ley de Sociedades de Capital y los Estatutos.

- La relación establecida por el propio consejo como consecuencia de la delegación de funciones o la atribución de funciones ejecutivas por cualquier otro título en uno o varios consejeros determinados se califica de «derivada» y su naturaleza jurídica varía según el caso. Desde este punto de vista, se ha sugerido que la relación de los administradores ejecutivos podría considerarse laboral de alta dirección si concurren los requisitos para ello (consejeros delegados o ejecutivos). En apoyo de esta idea se llegará a decir (ya se ha dicho) que el Estatuto de los Trabajadores (art. 1.3) excluye el carácter laboral del desempeño del cargo de «mero consejero» y que un consejero que desarrolla funciones ejecutivas no es tal. De este modo, se habrá cuadrado el círculo argumentativo y se habrá convertido a los consejeros que actúan con autonomía en defensa del interés social en directivos sujetos a instrucciones de obligatorio cumplimiento (como si no fueran consejeros).

La idea que parece más extendida es que, conforme a la nueva regulación, la relación originaria (la de los consejeros «en su condición de tales») estaría regulada en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, de modo que sólo respecto a esa relación regirán las reglas de previsión estatutaria de los conceptos retributivos y de fijación de la cuantía máxima de la retribución conjunta anual en junta general. Los consejeros ejecutivos no estarían afectados por esta disposición porque las funciones ejecutivas no quedarían comprendidas en las funciones propias de los

consejeros «en su condición de tales». Es el propio consejo el que determinará conceptos retributivos y fijará su retribución (art. 249.3 LSC).

El resultado es que, en el modelo legal, los socios de sociedades cerradas habrían quedado apartados de toda intervención en lo que se refiere a la fijación de la retribución de sus consejeros ejecutivos (incluidas las indemnizaciones por cese).

Aunque resulte paradójico, en las sociedades cotizadas no ocurre esto porque la regulación especial contiene un meditado sistema de distribución de funciones y competencias entre la junta general y el consejo de administración en lo que se refiere a la retribución de los consejeros que permite controlar la retribución de los ejecutivos.

La propia ley parte del carácter remunerado del cargo (art. 529 *sexdecies*) y establece reglas distintas para la remuneración de los consejeros en su condición de tales (art. 529 *septdecies* LSC) y los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas (art. 529 *octodocies* LSC).

La junta general de las sociedades cotizadas aprobará la política de remuneraciones (para un máximo de tres ejercicios) de los consejeros, que comprende: *a*) respecto de los meros consejeros, «el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en aquella condición» (art. 529 *septdecies*, aptdo. 1, la distribución corresponde al consejo); *b*) respecto de los consejeros ejecutivos, la determinación de la «retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se refiera», así como los «parámetros para la fijación de los componentes variables» y los «términos y condiciones principales de sus contratos» (art. 529 *octodocies*, aptdo. 1).

3.2. Consideraciones críticas

La exclusión de toda competencia de los socios de las sociedades no cotizadas

en una cuestión constitucional, como es la retribución de sus consejeros ejecutivos, no cuadra con los principios elementales de toda organización corporativa ni con el propio sistema legal.

El artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga a hacer constar en los estatutos el carácter retribuido del *cargo de administrador*, no distingue entre consejeros en su condición de tales y consejeros ejecutivos y, por mucho empeño que se ponga, no se podrá negar que el consejero ejecutivo es administrador y actúa en el desempeño del cargo como administrador.

La argumentación relativa al carácter derivado y naturaleza contractual variable de la relación surgida como consecuencia del acuerdo de delegación de facultades o de la atribución de funciones ejecutivas no está generalmente aceptada ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencial españolas como para considerar que la norma deba interpretarse a su tenor (*cfr.* la propuesta de Código Mercantil). Es más, si así fuera, las consecuencias irían mucho más allá de la retribución (eficacia de la delegación en materia de solidaridad en la responsabilidad, eficacia exoneratoria de las instrucciones, etc.).

No se entiende que, si los socios pueden revocar *ad nutum* a los administradores (como una medida de control indirecto de la gestión), se encuentren con la obligación de pagarles las indemnizaciones por cese pactadas en los contratos suscritos por el propio consejo sin previsión estatutaria o sin acuerdo de la junta general al respecto. Por otro lado, los operadores se preguntan, con razón, sobre la compatibilidad entre una cláusula estatutaria que disponga el carácter gratuito del cargo de administrador y la fijación de retribuciones en los contratos aprobados por el consejo conforme al artículo 249 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.

Es razonable por ello que se plantee (ya se ha planteado) una interpretación

de estas normas que sea coherente con esos principios elementales y con la pretendida finalidad de la reforma, supuestamente dirigida a mejorar (y no a empeorar) las reglas de gobierno corporativo de todas las sociedades de capital.

La interpretación conjunta de ambas regulaciones podría llevar a la conclusión de que la referencia en la parte general a la retribución de los administradores *en su condición de tales* que contienen los artículos 217.2 y 217.3 de la Ley de Sociedades de Capital para todos los sistemas de organización de la administración cumple la función de advertir que esas reglas se aplican sólo a las retribuciones percibidas por el desempeño de las funciones y competencias propias del cargo y no a las percibidas por el desempeño de funciones accesorias a las orgánicas. Esta distinción aparece a menudo en las cláusulas estatutarias de modo innecesario, como a veces ha tenido que aclarar la Dirección General de los Registros y del Notariado ante las dificultades surgidas en la praxis societaria.

La expresión utilizada permitiría al mismo tiempo integrar el régimen general con las reglas especiales sobre retribución de los consejeros de sociedades cotizadas. Como no se ha utilizado un sistema de regla-excepción habría sido necesario destacar sistemáticamente, en la parte general, que sólo la retribución de los consejeros con funciones de supervisión en las cotizadas (los consejeros en su condición de tales tal como los define el artículo 529 *septdecies*) debe estar prevista necesariamente en los estatutos y que su cuantía máxima para cada ejercicio debe ser aprobada por la junta general. Tal necesidad sistemática no existe en la parte general donde se reconoce la gratuidad como regla del desempeño del cargo y no se distingue legalmente entre categoría de consejeros ejecutivos y no ejecutivos (art. 529 *duodecies*).

La atribución de competencia al consejo para fijar los términos y condiciones de

los contratos de administración de los consejeros ejecutivos (en la relación «derivada») para todas las sociedades de capital no implica de por sí la exclusión de toda intervención de los socios en este aspecto importantísimo de la relación de administración. Son cuestiones distintas. Es lógico hacer residir en el consejo la negociación y la fijación técnica de las condiciones de los contratos de administración en condiciones de mercado (como se hace con los altos directivos), pero eso no es incompatible con la idea de reservar a los socios la competencia de aprobar el importe máximo que estén dispuestos a pagar al conjunto de sus administradores y que la forma en que se les retribuye sea predispuesta por los socios en los estatutos (*v. gr.*, si cabe retribución variable conforme a objetivos de negocio, que redundará en una gestión más o menos arriesgada y en el fomento o no de la rentabilidad a corto plazo). La propia exposición de motivos de la ley de reforma destacaba expresamente la necesidad de constancia estatutaria de los conceptos retributivos de los consejeros con funciones ejecutivas.

Las dos interpretaciones entran a nuestro juicio dentro del posible tenor literal de la ley. Por eso parece aconsejable, en ausencia de un régimen completo de distribución de funciones y competencias para las sociedades cerradas, que la interpretación y aplicación de estas normas se haga del modo más coherente en materia de buen gobierno corporativo. Esto exige no orillar la intervención de los socios en una cuestión trascendental.

3.3. *El contrato de administración*

La obligación de formalizar por escrito los contratos de administración —que no se depositan ni se inscriben en el Registro Mercantil— es un aspecto positivo de la reforma. Se trata de una práctica ampliamente extendida en los ordenamientos de nuestro entorno y que aporta una buena dosis de seguridad jurídica, con independencia de cuál sea la

estructura elegida para la organización de la administración.

En nuestra opinión, este contrato participa de la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios y está coligado con la relación orgánico-legal de administración mediante un vínculo de subordinación funcional (es accesorio y depende funcionalmente de la relación orgánica).

El contrato puede servir para establecer pactos de fijación de la situación jurídica anterior a la firma del contrato (cuando la relación laboral se deba considerar suspendida o extinguida), cláusulas de exclusividad o permanencia, cláusulas penales para el caso de infracción de la prohibición de competencia o en general de los deberes de lealtad, una definición más precisa o configuración contractual de los deberes de confidencialidad de los consejeros, la prohibición de competencia postcontractual, el uso de bienes sociales, cláusulas sobre cambio de control, el tratamiento contractual de supuestos de incapacidad temporal o extinción del contrato por fallecimiento, la aclaración de la justa causa de la resolución o desistimiento unilateral del contrato, el compromiso de la sociedad de suscribir pólizas de D&O (directivos y administradores) como tomador, etc.

Cabe señalar por último que, conforme a las reglas generales en materia de Derecho transitorio (*disp. trans.* segunda del Código Civil), parece posible afirmar que, al menos en la relación interna, los contratos ya establecidos no deberían verse afectados y que sólo será necesaria la sujeción al nuevo régimen legal cuando se disponga su modificación o extinción. No obstante, los términos tan estrictos con los que se ha pronunciado el legislador respecto a la ilicitud de la retribución que no conste en el contrato y el hecho cierto de que los contratos suscritos con anterioridad a la reforma no cumplen en muchos casos los requisitos impuestos por la regulación anterior aconsejan en todo caso su revisión y adecuación a la nueva normativa.