

Una «tercera vía» sobre el contrato de los consejeros ejecutivos

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Desde que se aprobó la reforma de la Ley de Sociedades de Capital a finales del 2014 (Ley 31/2014), se han sucedido una serie de interpretaciones acerca de su artículo 249.3 y la obligación que éste dispone de formalizar un contrato para quienes, siendo miembros del consejo de administración, llevan a cabo funciones ejecutivas y perciben por ello una retribución. La dicción legal no reviste duda alguna. Los consejeros delegados o todos aquellos que realicen funciones ejecutivas, cualquiera que sea el vínculo que les una con la sociedad, deberán celebrar un contrato que será aprobado por el consejo de administración en una reunión de la que habrá de ausentarse el interesado y en cuya acta aparecerá el citado contrato como anexo.

En el contrato deberán detallarse todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución por el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluidas, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado de aquéllas y las cantidades que habrá de abonar la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. No podrá percibir aquélla retribución alguna por el desempeño de estas funciones si las cantidades o conceptos no hubieran sido previstos en el mencionado contrato. Este último deberá resultar conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

2. *A priori*, se trata de un régimen distinto (al menos, distante en su regulación) del previsto

en el artículo 217 de la ley, que recoge el régimen de remuneración para todo administrador (consejero ordinario) y que, aun partiendo de la premisa de que su cargo es gratuito, admite que los estatutos sociales puedan establecer lo contrario y determinar su sistema de remuneración si así fuera. Pese a ello, no existe aquí obligación alguna de formalizar ningún tipo de contrato quizá por entender que el cargo es gratuito y que la vinculación societaria no exige contractualizar ningún elemento de ésta.

Serán los estatutos los que, en este caso, fijen el sistema de remuneración y será la junta la que determine el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales, lo cual permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Si se trata de un consejo de administración, la distribución de la remuneración se establecerá por decisión de él mismo y deberá tener en cuenta las funciones y responsabilidades de cada consejero. El sistema de remuneración establecido determinará los conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales, que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes, a los que se refiere el artículo 217.2 de la ley: una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones por cese —siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de

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.

administrador— y los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

Conviene precisar, asimismo, que el artículo 529.12 de la Ley de Sociedades de Capital recoge, expresamente y sólo en relación con las sociedades cotizadas, la diferencia entre los consejeros ejecutivos (aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella) y quienes no lo son (el resto). Para los primeros, el artículo 529.18 de la norma se remite al artículo 249.3 expuesto y a la necesidad de formalizar un contrato, si bien señala que serán los estatutos y la junta los que tengan conocimiento de las precisiones sobre estos aspectos. En la remuneración se deberán considerar en este supuesto tanto la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política de remuneración se refiera como los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnización por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia postcontractual y permanencia o fidelización. En este sentido, corresponde al consejo de administración fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad, de conformidad con el artículo 249.3 de la Ley 31/2014 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general. Por lo demás, esta última deberá ajustarse, según establece el artículo 529.19, a lo que corresponda al sistema de remuneración previsto estatutariamente y será aprobada por la junta general de accionistas al menos cada tres años.

3. Tras la aprobación de esta regulación se ha planteado un debate sobre la posible desaparición de la teoría del vínculo. Como es sabido, en atención a esta teoría y desde que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988 (Ar. 7143) así lo apuntara, cuando un consejero, además de pertenecer al órgano de gobierno de la sociedad, realiza funciones directivas o gerenciales de alta dirección, estas últimas quedan subsumidas por la relación mercantil como consejero ordinario. En virtud de ella, el vínculo mercantil orgánico societario

que une a los consejeros que desarrollan a la vez funciones de alta dirección absorbe y se superpone al vínculo laboral que el alto directivo pueda haber formalizado con la empresa. Si bien, se exige que «las funciones atribuidas a los consejeros por el correspondiente contrato no sean distintas de las que son naturalmente propias de su condición de administrador —incluidos los consejeros delegados— pues admitir otra cosa significaría tolerar una burla del mandato contenido en el artículo 130 y legitimar el rodeo característico del *fraus legis*» (STS, Sala Primera, de 27 de octubre del 2012, Ar. 1132, FJ 3).

Para quienes consideran que esta tesis sigue estando vigente, la contractualización impuesta por el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital no implica que la junta o los estatutos dejen de tener conocimiento de la remuneración del consejero ejecutivo, por cuanto el vínculo que une a éste con la sociedad es único y prevalece la relación societaria sobre cualquier otro nexo o función. Para quienes, por el contrario, entienden que dicha teoría ha sido superada, la conjunción de dos vínculos distintos (el societario y el contractual) supone que existan dos regímenes jurídicos de aplicación diferentes y, así, comoquiera que para el consejero ordinario se exigen unos requisitos propios en el artículo 217 de la misma ley como régimen general, el específico para los consejeros ejecutivos del artículo 249.3 determina el conocimiento del contrato y su aprobación únicamente por el consejo de administración, en los términos previstos por dicho precepto y con la sola exigencia de que el contrato sea conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

4. Sin embargo, cabría atender, como una nueva opción argumentativa, a la posibilidad de admitir que la teoría del vínculo ha sido superada (incluso con anterioridad a la aparición del mencionado artículo 249.3, aunque con mayor contundencia tras su aprobación), pero sin llegar a la conclusión de que dicha superación supone un régimen de fiscalización para el contrato ejecutivo distinto al que procede adoptar para controlar la remuneración, en su caso, del consejero ordinario. Eso implica reconocer que, efectivamente, existen dos vínculos, el societario y el contractual, con dos regímenes distintos

(los previstos en los artículos 217 y 249 de la ley, respectivamente) y posiblemente con asunción de competencias por dos jurisdicciones diferentes (la civil y la social, si se estimara que el contrato del administrador ejecutivo ha de tener esta naturaleza). Pero esto no significa concluir necesariamente que sólo el consejo de administración debe tener conocimiento y prestar su consentimiento en relación con el contenido del contrato del consejero ejecutivo y, en particular, con sus aspectos retributivos. Son varias las razones que permitirían defender esta tesis, distinta a las dos anteriores, más estancas:

En primer lugar, la posible diferenciación (no especificada en el ámbito legal de la norma que se analiza) entre la política retributiva, el sistema de remuneración y la cuantía de la percepción. Una cuestión es marcar la política de retribución en la empresa, otra su sistema de remuneración y una distinta concretar la cuantía de cada elemento retributivo. Pues bien, en cada uno de los preceptos mencionados de la Ley de Sociedades de Capital se hace una alusión diferente. Quizá una de las más interesantes se encuentre en el artículo 217. Ciertamente, el texto hace una distinción y establece los límites que hay que tener en cuenta con respecto a los consejeros ordinarios del artículo 217, pues, junto con las posibilidades de fijar una estructura concreta ya expuesta (recuérdese: cantidad fija, retribución variable, participación en beneficios, acciones de la compañía, indemnización, sistemas de previsión social, etc.), alude a otros límites de dispar envergadura tales como el límite anual de retribución máxima para todos los consejeros y la necesidad de atender a aspectos como el tipo de empresa, la importancia de la sociedad, su situación económica y los estándares de mercado de empresas comparables. Bien es cierto que la fijación más específica de la cuantía en el caso del consejero ejecutivo ha de llevarse a cabo porque sus funciones difieren en cuanto a actuación, desempeño, responsabilidad, etc., del resto, asunción que ha de ser compensada económicamente. Mas eso no conlleva autorizar el incumplimiento de lo establecido como política global remuneratoria de la empresa ni inaplicar el sistema de remuneración contenido en ella.

Tal vez el legislador pretenda que, en el caso de las sociedades no cotizadas, el contrato del

consejero ejecutivo y sus cláusulas sólo sean conocidas por el consejo de administración, hurtando a la junta su conocimiento. Pero eso no debe derivar necesariamente en la opacidad de estos datos. En primer lugar, porque el contenido del contrato ha de recogerse en un acta y las actas del consejo serán accesibles a cualquier miembro de la junta en tanto en cuanto aquél es un órgano delegado de ésta. En segundo término, porque existen actuaciones procesales tanto por terceros como por socios que pueden cuestionar la legalidad de la medida adoptada por el consejo de administración, por lo que cabrá su fiscalización. Y, por último, porque no tendría sentido que la junta pudiera controlar el límite máximo legal de la retribución de los consejeros en su condición de tales o de consejeros ordinarios y no pudiera valorar que, en esa retribución limitativa anual, no esté comprendida —o lo esté— la retribución como consejero ejecutivo, toda vez que no existe diferencia entre una y otra en relación con los límites del artículo 217. Por lo demás, si se compara con lo previsto en el artículo 529 de la ley, queda claro que ambas retribuciones, la ordinaria y la ejecutiva, entran dentro de los límites establecidos puesto que, en este último caso, los artículos 529.17 y 529.18 regulan, de forma distinta, la remuneración del consejero en su condición de tal y la remuneración del consejero por el desempeño de sus funciones ejecutivas.

Pero, a su vez, existe otro argumento que es el derivado de la aplicación del artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital en virtud del cual la compañía deberá conocer todas las actividades del consejero que son extrañas a ella e, incluso, realizadas con la empresa, pero ajenas a su condición de consejero. Si esto es así, no tiene sentido que deba conocer cuestiones ajenas a la compañía y desconocer cuestiones propias de la empresa aun cuando no se trate de una información inherente al desempeño de su cargo, sino derivada de otras actuaciones, en este caso, las ejecutivas. De esta forma, cabría defender que, aunque se trate de dos vínculos distintos, con dos regímenes diferentes y con dos jurisdicciones concurrentes, el hecho de que el consejo de administración apruebe el contrato no implica que la junta no deba conocer su contenido.

5. Cuestión distinta es la calificación que, llegados a este punto, deberá tener el contrato de los consejeros ejecutivos y que podrá ser laboral o no. En defensa de su naturaleza laboral existen argumentos tales como la presencia de rasgos de laboralidad claros (voluntariedad y, ahora, retribución recogida en el contrato que se analiza). La dependencia puede manifestarse por la inexistencia de una autonomía respecto de lo previsto por el consejo de administración, que será el que decida el contenido de las instrucciones y de las funciones que tiene que cumplir el consejero ejecutivo. Y la ajenidad (como ya se ha expuesto en otras ocasiones en esta misma sección de Gestión del Conocimiento, así en «Calificación del nuevo contrato de los consejeros delegados ejecutivos en la proyectada reforma de la Ley de Sociedades de Capital» y en «Seguridad Social de los consejeros. Encuadramiento y compatibilidad de la actividad») viene derivada de considerar sólo su falta cuando existe un control de la compañía, esto es, la posesión de la titularidad de la empresa (50 % del capital social), tal y como expone el Estatuto del Trabajo Autónomo (art. 1.2c en su remisión a la disposición adicional 27.^a de la Ley General de Seguridad Social).

De ser así, la siguiente decisión obligaría a optar entre una relación laboral común o una especial (de alta dirección). La primera se descarta toda vez que los tribunales del orden social han admitido en todo caso que, cuando se compatibilizan la relación común y el cargo de consejero, existen dos relaciones perfectamente diferenciadas y tipificadas. Sin embargo, y como establece expresamente el Real Decreto 1382/1985 que regula la relación laboral especial de alta dirección, alto directivo es el trabajador que ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de ésta con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

En este sentido, la diferencia entre estas gestiones y las funciones que desempeña un consejero ejecutivo no es fácil de precisar. Es cierto que los tribunales no han sabido delimitar cuáles

son las funciones inherentes al cargo y las funciones que derivan de un ejercicio ejecutivo de él, pero, aun así, la diferencia entre un consejero ordinario y un consejero ejecutivo existe y es precisamente lo que justifica la inclusión en la Ley de Sociedades de Capital del artículo 249 analizado, no así el desconocimiento por parte de la junta de estas cuestiones.

6. De hecho, si se efectuara una interpretación sistemática de la reforma —y no únicamente del precepto en cuestión—, debería alcanzarse de forma obligada tal conclusión, esto es, que no se trata de ocultar el contenido del contrato sino, bien al contrario, que dicha legislación se crea para lograr un grado de transparencia, en especial en lo que a la remuneración de los consejeros ejecutivos se refiere, hasta entonces inexistente.

No en vano, la reforma apuntada no es nueva, sino que proviene de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011) cuya disposición final 5.^a modificó la Ley de Mercado de Valores (Ley 24/1988) introduciendo los artículos 61 *bis* y 61 *ter* sobre gobierno corporativo e informe anual de las remuneraciones de los consejeros. En atención a ellos (hoy derogados y sustituidos por lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital en los términos expuestos), el informe anual debía incluir información completa y clara sobre las remuneraciones del año en curso y las previstas para años futuros, un resumen global de cómo aplicar la política de retribuciones durante el ejercicio y el detalle de las remuneraciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros. Tal información debía someterse a la junta en convocatoria general ordinaria de accionistas y como punto separado del orden del día.

Este compendio normativo nutre la reforma aquí analizada e introducida por la Ley 31/2014. No es de extrañar que la exposición de motivos de esta última norma señale la transparencia como principal línea de actuación legislativa. Y, así, reconociendo la preocupación manifestada por determinados organismos internacionales por que las remuneraciones de los administradores reflejen la evolución real de la empresa y se hallen correctamente alineadas con el interés de la sociedad y de sus accionistas, obliga a que los estatutos sociales establezcan el «sistema de

remuneración» de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, «con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. [...] De esta forma se garantiza que sea la junta general de accionistas la que retenga el control sobre las retribuciones, incluyendo los distintos componentes retributivos contemplados, los parámetros para la fijación de la remuneración y los términos y condiciones principales de los contratos».

7. Se trata de una tercera vía interpretativa que no pretende más que encontrar un punto de equilibrio entre quienes consideran que no existe ninguna diferencia en la retribución del consejero, puesto que la aplicación de la teoría del vínculo lo impide, y quienes entienden que, precisamente,

la diferencia entre uno y otro tipo de remuneración lo que pretende es que sobre una (la de consejero ordinario) se pronuncie la junta, pero sobre la otra (la de consejero ejecutivo), decida únicamente el consejo de administración.

La utilización concurrente de conceptos no homologables (política retributiva, sistema de remuneración o cuantía de la retribución) permite combinar indistintamente el contenido de cada una de ellos con los órganos legitimados para su establecimiento, pero carece de sentido que la fijación de una cantidad concreta, distinta para los consejeros ejecutivos (incluso diferente para cada consejero ejecutivo), sea aprobada por el consejo de administración sin tener competencia alguna sobre ella la junta de accionistas.