

COMPROMISO

nuevas economías

empatía

GLOBALIDAD

TRANSPARENCIA

profesionalidad

método

Comunidad

HONESTIDAD

tecnología

Modernidad

Avanzar

Corazón

Innovación

TRANSPARENCIA

Construir

éxito.



**ANÁLISIS DE LA RETRIBUCIÓN DE
LOS ADMINISTRADORES TRAS LA
MODIFICACIÓN DE LA LEY DE
SOCIEDADES DE CAPITAL**

I. INTRODUCCIÓN	3
II. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA LEY DE REFORMA DE LA LSC	3
III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 217, 218 Y 219 DE LA LSC	4
1. Desaparecen diferencias entre la sociedad anónima y la sociedad limitada	4
2. Presunción de gratuidad y necesidad de determinar el sistema de remuneración	4
3. Distribución de la retribución entre los administradores	5
4. Límites genéricos a la retribución del órgano de administración	7
5. Finalidad del sistema de retribución establecido	7
6. Remuneración mediante participación en beneficios	7
7. Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad	8
IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS APARTADOS TERCERO Y CUARTO DEL ARTÍCULO 249 DE LA LSC	8
1. La remuneración de los consejeros ejecutivos. ¿Retribución estatutaria o extraestatutaria?	8
2. Título en virtud del cual se le pueden atribuir a un consejero funciones ejecutivas	11
3. Contenido del contrato	12
4. Consideraciones sobre el contrato	12
5. Cuestiones de derecho transitorio	13
V. CONCLUSIONES	13
VI. MODELOS DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS	14
1. Introducción	14
2. Administrador Único que percibe retribuciones por diferentes trabajos o servicios prestados a la sociedad	15
3. Administradores solidarios o mancomunados	16
3.1. Administradores solidarios o mancomunados donde todos perciben retribuciones por trabajos o servicios prestados a la sociedad	17
3.2. Administradores solidarios o mancomunados donde sólo uno de ellos percibe retribuciones por trabajos o servicios prestados a la sociedad	18
4. Consejo de administración	18
4.1. Consejo de Administración con delegación de facultades y con cargo retribuido	20
4.2. Consejo de Administración sin delegación de facultades y con cargo retribuido	22
4.3. Consejo de Administración sin delegación de facultades y con cargo retribuido únicamente para el Presidente del Consejo de Administración	23
4.4. Consejo de Administración sin cargo retribuido	24

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de distintas interpretaciones de las normas aplicables, el intento de coordinar los diferentes intereses en juego y la falta de claridad y coherencia en la calificación registral y jurisprudencial, son algunos de los problemas con los que los juristas venimos viviendo en la dificultosa tarea de configurar y redactar las cláusulas estatutarias de retribución de los administradores.

Con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (“**LSC**”) para la mejora del gobierno corporativo (la “**Ley de Reforma de la LSC**”) se ha dado nueva redacción a los artículos 217, 218, 219 y 249 de la LSC que afectan a la remuneración de los administradores.

Con el presente trabajo, realizado a solicitud de la Asociación Española de Asesores Fiscales, dentro de sus limitaciones y dimensiones, trataremos de analizar con un enfoque exclusivamente mercantil y eminentemente práctico, las novedades introducidas por la reciente Ley de Reforma de la LSC que afectan a este controvertido asunto en el que se ha convertido la retribución de los administradores.

Queda fuera del ámbito de este análisis, el estudio concreto del régimen de retribución de los administradores en las sociedades cotizadas, que si bien, no difiere mucho del régimen aplicable a las sociedades limitadas y anónimas, sí contiene un régimen más específico y detallado que el de estas últimas.

II. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA LEY DE REFORMA DE LA LSC

Como punto de partida, debe destacarse que las modificaciones realizadas, a través de la Ley de Reforma de la LSC, de los artículos 217, 218, 219 y 249, tienen su antecedente directo y vienen a coincidir exactamente con las propuestas realizadas en el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013” elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo.

La Comisión de Expertos consideró en el referido estudio adecuada la introducción de normas legales que, *“sin menoscabar la capacidad de gestión de las sociedades y su competitividad (i) incidan en la necesaria adecuación de los sistemas de remuneración al mercado en que operan y a la situación económica de cada sociedad en cada momento; (ii) establezcan un procedimiento para su determinación que prevenga el eventual conflicto de intereses de alguno de los participantes en la adopción de las correspondientes decisiones; y (iii) garanticen la suficiente transparencia de las remuneraciones de los administradores”*.

El Preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC, por su parte, hace mención a *“la creciente preocupación por que la remuneración de los administradores reflejen adecuadamente la evolución real de la empresa y estén correctamente alineadas con el interés de la sociedad y sus accionistas”*.

En definitiva, el objetivo principal perseguido, en este ámbito, por la Ley de Reforma de la LSC es, el de dar mayor transparencia y control de la remuneración de los administradores, garantizando la capacidad de control de los accionistas sobre la remuneración de los mismos y compatibilizándolo con el respeto a la capacidad de gestión y de organización de las sociedades.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 217, 218 Y 219 DE LA LSC

1. Desaparecen diferencias entre la sociedad anónima y la sociedad limitada

Tras la Ley de Reforma de la LSC, se han eliminado la mayoría de las diferencias de régimen que existían hasta ahora entre las sociedades anónimas y las limitadas, que respondían fundamentalmente, a la distinta procedencia histórica de sus respectivas leyes. De este modo, el nuevo artículo 217.2, elimina la mención específica aplicable antes de la reforma a las sociedades limitadas, que establecía que “*la remuneración de los administradores sería fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos*”. Ahora, el artículo 217.3, aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas, establece que “*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*”, desapareciendo las diferencias en este ámbito entre la sociedad anónima y la sociedad limitada.

2. Presunción de gratuidad y necesidad de determinar el sistema de remuneración

El artículo 217.1 mantiene, como antes de la Ley de Reforma de la LSC, la presunción de gratuidad del cargo de administrador a falta de determinación estatutaria en contra. Siendo necesario, en caso de que el cargo se encuentre retribuido, determinar el sistema de remuneración.

Por su parte, el artículo 217.2 establece que el sistema de remuneración establecido en los estatutos deberá fijar el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en “su condición de tales” pudiendo consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes sistemas: a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en los beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

Los anteriores sistemas de retribución no son limitativos, de modo que pueden establecerse otros sistemas, e incluso, es posible establecer cumulativamente varios de los sistemas expuestos u otros que los socios o accionistas convengan.

Entendemos que de ser varios los diferentes conceptos retributivos, deben establecerse de forma cumulativa. Cabe plantearse incluso, si sería conforme a la Ley de Reforma de la LSC y, a pesar de que quedaría al arbitrio de la junta general (y es clara la oposición de la Dirección General de los Registros y el Notariado) (“DGRN”), que los diferentes conceptos retributivos pudieran ser alternativos en atención a las funciones y responsabilidades de cada consejero. Aunque como señalábamos nos inclinamos por pensar que deben establecerse de forma cumulativa, habrá que esperar a ver si los notarios y registradores aceptan la posibilidad de que puedan reflejarse en los estatutos de manera alternativa.

Por su importancia en la práctica, destacamos que el legislador ha considerado a las “dietas de asistencia” como una forma de retribución del administrador. A partir de

ahora, no será posible establecer que el cargo de administrador sea gratuito si se desea compensar con dietas al administrador por la asistencia a las reuniones del órgano de administración.

El apartado tercero del artículo 217, establece de forma novedosa y a diferencia del régimen anterior, donde no se preveía en la sociedad anónima cuál era el órgano competente para establecer las retribuciones de los administradores, que *“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”*. Recalamos aquí que, conforme a este artículo, la remuneración que debe aprobar la junta, en todo caso, es la de los administradores *“en su condición de tales”*.

Por otro lado, en este punto puede plantearse, si cabe, a priori, el establecimiento en los estatutos de la retribución máxima de los administradores. A nuestro parecer no habría inconveniente en que así se hiciera, ya que al aprobarse los estatutos, se habría producido un pronunciamiento de la junta general que permanecería invariable hasta que no se modificaran los estatutos. No obstante, debe tenerse en cuenta que cualquier cambio que se deseara realizar en la cuantía, exigiría el *quorum* de modificación de estatutos, mientras que si la cuantía la fija la junta general, bastaría con la mayoría ordinaria.

3. Distribución de la retribución entre los administradores

Asimismo, el apartado tercero del artículo 217 continua señalando que *“salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos, y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero”*.

De la redacción literal de este artículo se infiere que la distribución de la retribución cuando existen varios administradores no tiene que ser siempre igualitaria, pudiendo haber diferencias entre ellos, matizando en el caso de que el órgano de administración fuera un consejo de administración, que las diferencias se fundamenten en atención a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

Asimismo queda clara la competencia de la junta para establecer la distribución de la remuneración entre los distintos administradores, pero en caso de no hacerlo, dicha función corresponde a los propios administradores o al consejo de administración.

La primera pregunta que uno se hace al leer este apartado tercero, es, si el matiz establecido para el consejo de administración para determinar la desigualdad de la retribución de los consejeros, es decir, prestar atención a *“las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero”*, es también aplicable a los administradores cuando su forma de administración es solidaria o mancomunada.

Podría mantenerse que aunque no lo expresa el artículo y en línea con las directrices marcadas por la DGRN, en todo caso, debe existir un factor de distinción que justifique la desigualdad en la retribución de los administradores o la posibilidad de que unos administradores sean retribuidos y otros no, y *“ese factor de distinción”* tiene sentido que sean las funciones y responsabilidades atribuidas a cada administrador. Pero a

nuestro modo de ver, parece claro que no se trata de un olvido del legislador y que éste ha distinguido entre (i) el caso de órganos pluripersonales no colegiados (administradores solidarios o mancomunados) en donde los estatutos podrán señalar por determinadas circunstancias (por ejemplo, la efectiva actividad de gerencia realizada por cada uno), qué administradores percibirán una retribución superior a la del resto, e incluso qué administradores podrían percibir retribución y cuáles no; y (ii) el caso del Consejo de Administración, donde el reparto desigualitario de la retribución de los administradores tendrá que atender a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

De esta forma, parece claro que con la nueva redacción del artículo 217, no habrá ningún problema en establecer un régimen de remuneración diferente (i) entre los administradores solidarios y mancomunados y (ii) por lo que respecta a los miembros de un consejo de administración, siempre que exista un factor de distinción por “las funciones y responsabilidades atribuidas a los mismos”.

Por su parte, estimamos, que en relación con las “funciones y responsabilidades atribuidas” a los consejeros “en cuanto tales”, un matiz que permitirá, sin lugar a dudas, establecer las diferencias de retribución entre los miembros de un consejo de administración -en línea con el criterio mantenido por la DGRN- es el de la titularidad de un “cargo” con funciones especiales, lo que justifica la existencia de una remuneración desigual; si bien, cabe preguntarse si únicamente éste será el criterio o, si caben, como se señala para las sociedades cotizadas en el artículo 529 septdecies, otros diferentes (funciones y responsabilidades de cada consejero, su pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes). Habrá que esperar a ver cómo los notarios y registradores interpretan esta cuestión. Por otro lado, y como veremos más adelante, el hecho de que un consejero realice funciones ejecutivas, no impide que éste pueda percibir un plus de retribución, siendo necesario la suscripción de un contrato donde se deberán detallar todos los conceptos por los que el consejero que desempeña funciones ejecutivas pueda obtener una retribución. Asimismo, se plantea la cuestión discutible, como luego veremos, de si es necesario que estos conceptos retributivos tengan que reflejarse expresamente en los estatutos.

A efectos de la correspondiente redacción de la cláusula estatutaria, surge la cuestión de si será necesario reflejar en los estatutos la previsión de la desigualdad en la retribución de los administradores para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 124.3 y 185.4 del RRM que señalan que “*salvo disposición contraria de los estatutos, la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos*”. En nuestra opinión, y como señalábamos anteriormente, del artículo 217 de la LSC, se infiere que la distribución de la retribución cuando existen varios administradores no tiene que ser siempre igualitaria, pudiendo haber diferencias entre ellos, matizando en el caso de que el órgano de administración fuera un consejo de administración, que las diferencias se fundamenten en atención a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. En consecuencia, a nuestro juicio, debe considerarse que “las reglas de igualdad” previstas en los artículos 124.3 y 185.4 del RRM quedan desfasadas y, por tanto, deben entenderse derogadas. De todos modos, en la medida en que en la redacción de la cláusula estatutaria, cuando existan varios administradores, se haga referencia a lo previsto en el artículo 217 de la LSC, se estará dejando constancia en los

estatutos, de modo implícito, que la retribución de los administradores no tiene que ser igual para todos ellos.

Asimismo, no vemos inconveniente en que sean los propios estatutos, los que establezcan de forma expresa, en su caso, esa diferencia de retribución entre los administradores, concretando, en el caso de que el órgano de administración sea un consejo de administración, el cargo o cargos que recibirán una retribución mayor o menor.

4. Límites genéricos a la retribución del órgano de administración

El artículo 217.4 establece que *“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”*.

Es loable la finalidad que se esconde detrás de éste artículo pero no deja de llamar la atención que los límites fijados sean tan imprecisos y genéricos, lo que hará que sea virtualmente imposible que un notario o registrador puedan entrar a calificar si un determinado sistema retributivo cumple o no los límites establecidos. Al menos, los socios, podrán impugnar el correspondiente acuerdo en el supuesto de que alguno de estos límites no sea respetado o combatir remuneraciones que no guarden una debida proporción con la situación económica de la empresa. En este sentido, cabe mencionar que si una sociedad progresivamente va entrando en pérdidas, tendrá que atender al criterio de la razonabilidad con la situación económica de la sociedad para, en su caso, evaluar si la retribución establecida en su día, debe verse ajustada por la actual situación financiera de la empresa.

5. Finalidad del sistema de retribución establecido

El artículo 217.4 establece la finalidad que debe tener el sistema de remuneración de los administradores al señalar que *“El 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”*.

Al igual que señalábamos en el apartado anterior, resulta difícil pensar que un notario o registrador pueda entrar a calificar si un determinado sistema retributivo cumple o no las finalidades del sistema retributivo.

6. Remuneración mediante participación en beneficios

En el artículo 218.1 se establece una norma general, aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas, que exige que sean los estatutos los que establezcan el porcentaje de participación al que tiene derecho el administrador o, alternativamente, se establezca en los mismos, un porcentaje máximo, en cuyo caso, corresponderá a la junta general determinar el exacto porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos.

Por su parte el artículo 218.2 aplicable a las sociedades limitadas, mantiene, como hasta ahora, que “*el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre socios*”.

Y por lo que respecta a las sociedades anónimas, el artículo 218.3 establece que “*la participación sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido*”. La única novedad introducida por la reforma en este punto es la clarificación de que el cálculo relativo al 4% debe hacerse por el valor nominal de las acciones.

7. Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad

La redacción del artículo 219.1 es prácticamente idéntica a la anterior de la Ley de Reforma de la LSC, señalando que “*en la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas*” estableciendo los mismos requisitos que antes de la Ley de Reforma de la LSC.

Por su parte, el artículo 219.2 señala que “*el acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan*”. Se introduce como novedad, por un lado, la matización de que el acuerdo de la junta deberá “incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio” y por otro, se aclara, por lo que respecta a los derechos de opción sobre acciones, que la junta puede establecer, no sólo el precio del ejercicio de ese derecho sino también su sistema de cálculo.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS APARTADOS TERCERO Y CUARTO DEL ARTÍCULO 249 DE LA LSC

1. La remuneración de los consejeros ejecutivos. ¿Retribución estatutaria o extraestatutaria?

La nueva redacción dada a los apartados tercero y cuarto del artículo 249, tras la Ley de Reforma de la LSC, es la siguiente: “*249.3 Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión*”. “*249.4 En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de sus 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 de 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. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general”.

Así, tras la Ley de Reforma de la LSC, se exige que, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, sea necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros y en el que se detallen todos sus conceptos retributivos por el desempeño de sus funciones ejecutivas.

Como punto de partida, parece desprenderse de esta regulación que el legislador ha querido otorgar al consejo de administración cierta autonomía para establecer la retribución de los administradores por sus funciones ejecutivas, dejando en principio fuera de esta decisión directa a los socios o accionistas. Así, la fijación de la retribución de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas distinta de la que puedan percibir por su condición de administradores, corresponde al consejo de administración, estableciéndose un conjunto de cautelas como son (i) la exigencia de una mayoría de dos tercios del consejo; (ii) la abstención del consejero afectado, y (iii) la necesidad de que el contrato sea conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Surge aquí la pregunta, como ya adelantábamos antes, de si, adicionalmente a que deban constar en el preceptivo contrato los conceptos retributivos que el consejero delegado o consejero al que se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título pudieran percibir, deben también constar los mismos de manera expresa en los estatutos. Es decir, los conceptos retributivos del consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas, ¿deben figurar en los estatutos?

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Reforma de la LSC la tesis mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia defendía que los consejeros ejecutivos no podían percibir por las funciones ejecutivas de dirección y gestión de la sociedad ninguna remuneración contractual (civil o laboral) añadida a la remuneración pactada en los estatutos sociales. Con ello se exigía, con independencia de las funciones concretas del consejero, ejecutivas o no, la necesaria aparición en los estatutos sociales con la suficiente determinación y concreción del sistema o sistemas de retribución de los consejeros.

Frente a esta tesis mayoritaria, Paz-Ares, en su conocido trabajo titulado “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”¹ defendía la existencia de dos clases de remuneraciones, en caso de existencia de un consejo de administración: (i) la remuneración de la función deliberativa, y (ii) la remuneración de la función ejecutiva. La distinción, resumidamente, se fundamenta, en su opinión, en que la retribución de la función deliberativa y de control, es inherente al cargo de consejero (debiendo alojarse en el artículo 217 de la LSC) mientras que la retribución de la función ejecutiva, en tanto no es inherente al cargo, no debe encuadrarse en el artículo 217 y por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria.

¹ “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, Revista de Derecho del Mercado de Valores, 2, 2008.

Pues bien, a la luz de las modificaciones introducidas tanto en el artículo 217 como en el 249.3 parece innegable que se vienen a reconocer dos tipos de remuneraciones: (i) la remuneración de los consejeros “en su condición de tales” que estaría sujeta al principio de reserva estatutaria y a la aprobación de la junta; y (ii) la del desempeño de funciones ejecutivas, que requiere la firma de un contrato entre el consejero y la sociedad, estableciéndose ciertas cautelas (exigencia de mayorías reforzadas del consejo, la abstención del consejero afectado y la previsión de que el consejo se circunscriba en su actuación a las decisiones previamente acordadas por la junta) pero donde la LSC no menciona que éstas deben estar sujetas al principio de reserva estatutaria.

En línea con este argumento se podría mantener que con la nueva redacción de los artículos 217 y 249 de la LSC se produce un desdoblamiento, únicamente, en el caso del Consejo de Administración entre las funciones de los administradores “en su condición de tales” (funciones de deliberación, vigilancia, supervisión y control) y las ejecutivas o de gestión del negocio.

Por otro lado, como señalábamos anteriormente, el precepto deja al arbitrio del consejo de administración la fijación de la retribución a percibir por el consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas por el desempeño de dichas tareas, mencionando tan sólo en el artículo 249.4 que el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar que el artículo 220 de la LSC, (el cual no ha sido modificado por la Ley de Reforma de la LSC), establece que “*en la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general*”. Es decir, que el contrato previsto en el artículo 249.4 de la LSC, en el caso de las sociedades limitadas, deberá contar también con el acuerdo de la junta general de accionistas. Aunque aquí, podría plantearse si, el artículo 249 al ser aplicable tanto a sociedades anónimas como a limitadas, sería una regla especial sobre el artículo 220 y por tanto, no sería necesario el acuerdo de la junta general. A nuestro modo de ver, entendemos y recomendamos que dicho contrato cuente también con el acuerdo de la junta general previsto en el artículo 220 de la LSC para las sociedades de responsabilidad limitada.

En definitiva, y de acuerdo con lo expuesto, podríamos concluir, por un lado (i) la no necesidad de establecer en los estatutos los conceptos retributivos que el consejero delegado o consejero al que se le atribuyan funciones ejecutivas pudieran percibir y, por otro, (ii) la autonomía del consejo de administración para establecer la cuantía de la retribución de los consejeros ejecutivos, que podría superar incluso el máximo establecido en los estatutos para los administradores en “su condición de tales”, salvo que exista una política de retribuciones aprobada por la junta general que estableciera directrices en este sentido, y salvo el caso del artículo 220 de la LSC para las sociedades limitadas.

Frente a estas conclusiones podría mantenerse que ésta no ha sido la intención del legislador. De hecho podría señalarse la referencia expresa contenida en el Preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC que señala que “*Para ello y en primer lugar, la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión*”. Sin embargo, entendemos que

una cosa es lo que diga el Preámbulo y otra cosa es lo que diga efectivamente la ley. Y la ley a lo que obliga es a que en los estatutos sociales se establezca el sistema de remuneración de los administradores “en su condición de tales” pero no por sus funciones ejecutivas. No cabe duda que esto implica un cambio radical con el sistema que teníamos hasta la fecha vigente y, choca, en el caso del consejo de administración, con la teoría del vínculo, que, en parte, fue construido por la imposibilidad de deslindar las funciones deliberativas de los consejeros, de las ejecutivas, considerando que, éstas son inherentes al cargo de administrador. Pero esta distinción con la Ley de Reforma de la LSC se ha producido. En las formas de administración simples (administrador único y administradores mancomunados o solidarios) el contenido inherente al cargo incluye la realización de funciones ejecutivas y, en tanto que estas funciones son inherentes al cargo a estas formas simples de administración, deben quedar sometidas a la reserva estatutaria. Sin embargo, en el caso del consejo de administración, lo único que es inherente al cargo de consejero son las funciones de deliberación, vigilancia, supervisión y control. Por ello a nuestro juicio, y sólo apuntamos, por exceder del ámbito exclusivamente mercantil en el que se centra este trabajo, que no descartaríamos que la “doctrina del vínculo” tuviera que ser revisada por la jurisdicción social, de tal forma que aquellos miembros del consejo de administración que desempeñen funciones ejecutivas puedan mantener o compatibilizar dos tipo de relaciones diferenciadas con la sociedad; esto es, por un lado, la relación societaria propia de todo consejero, y por otro, la relación contractual por el desempeño de sus funciones ejecutivas.

Asimismo, y en contra de lo aquí mantenido, se podría argumentar que la finalidad de la Ley de Reforma de la LSC es precisamente dar transparencia a los conceptos retributivos de los consejeros para evitar experiencias pasadas donde se ha puesto de manifiesto la existencia de retribuciones de los administradores excesivas y desproporcionadas y que la doctrina del vínculo surgió precisamente con la finalidad de poner freno a esos desmanes, impidiendo que pudieran pactarse por los propios consejeros retribuciones o indemnizaciones que no estén autorizados por los estatutos. Frente a esto, en nuestra opinión, la Ley de Reforma de la LSC ha optado por dotar de cierta autonomía al consejo de administración para establecer la fijación de la retribución de los administradores (con las cautelas ya mencionadas anteriormente) y no le falta lógica. La competencia para establecer la retribución de los administradores, debe atribuirse a quien es competente para designarlos. Así, en la medida que es la junta general, la competente para designar a los administradores, tiene lógica que sea ella la que tenga capacidad para fijar su retribución. De igual modo, en la medida en que el consejo de administración es el competente para nombrar al consejero delegado o delegar facultades ejecutivas a un consejero, tiene sentido que sea este órgano el que tenga capacidad para fijar su retribución; si bien, con las cautelas necesarias ya reflejadas anteriormente. Por otro lado, ¿qué sentido tiene que el consejo de administración pueda libremente y sin ningún tipo de límite retribuir a un director general que no sea consejero y, en cambio, no pueda hacer lo mismo con los miembros del órgano de administración?

2. Título en virtud del cual se le pueden atribuir a un consejero funciones ejecutivas

Otra cuestión que se plantea de la redacción del presente artículo es a qué se refiere la norma cuando habla de “otro título” en virtud del cual se le puedan atribuir funciones ejecutivas a un consejero.

Aunque la norma no aclara esta cuestión, pensamos que el “otro título” al que hace referencia la norma puede referirse tanto a la delegación orgánica (es decir, la delegación de facultades al consejero) como a la vía contractual (que se complementaría posteriormente con el otorgamiento de los correspondientes poderes). Este es el mismo criterio ya apuntado en el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013” elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, que cuando hace referencia al “otro título” señala, expresamente, que éste puede ser por “*delegación orgánica o contractual de facultades*”.

3. Contenido del contrato

El artículo 249.4 establece el contenido del contrato al señalar que “*en el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de sus 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 de sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en este contrato. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general*”.

Por lo que respecta al contenido del contrato queda patente que su contenido se centra en su retribución, no aclarando la norma la naturaleza de dicho contrato (civil, mercantil o laboral).

A pesar del tenor literal del artículo 249.3, que exigiría, en todo caso, la necesidad de suscribir el referido contrato cuando se nombre a un consejero delegado o se le atribuyan a un consejero funciones ejecutivas, entendemos, dado el contenido del contrato, y con reservas, a la espera de ver cómo los notarios y registradores interpretan este tema, que en la medida en que no haya retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, o lo que es lo mismo, si el desempeño de las mismas fuera gratuito, no haría falta suscribir el contrato.

Por otro lado, cabe destacar que con la nueva redacción de este artículo se zanján las controversias jurisprudenciales en torno a la nulidad de las indemnizaciones previstas a favor de administrador (ya que éstas podían coartar la libertad para separar a un consejero), dejando claro el nuevo artículo que caben las citadas indemnizaciones.

4. Consideraciones sobre el contrato

De acuerdo con lo previsto en el artículo 249.3 el contrato “*deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión*”.

Como vemos de la redacción de este precepto se desprende que el proyecto del contrato (y no el contrato una vez firmado por las partes) deberá ser aprobado por dos terceras partes del consejo.

El conflicto de intereses queda salvado por la obligación del consejero afectado de abstenerse, tanto en la deliberación como en la votación del proyecto.

Por otro lado, surge la cuestión de si el hecho de la suscripción de este contrato debe tener reflejo en la certificación de los acuerdos o en la escritura que se presente al Registro Mercantil. Aunque la norma tampoco aclara esta cuestión, parece aconsejable que se haga constar dicha circunstancia bien en la certificación o bien en la escritura que se presente al Registro Mercantil.

5. Cuestiones de derecho transitorio

La Ley de Reforma de la LSC tampoco aclara que sucede con aquellos contratos ya existentes que pudieran verse afectados por el artículo 249.4 de la LSC. Por un lado, entendemos que aquellos contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma de la LSC son plenamente válidos, al haber sido suscritos bajo las reglas existentes en dicho momento, si bien sería conveniente que, en la primera reunión del consejo de administración que tuviese lugar, los mismos fuesen ratificados por el consejo de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 249.3 de la LSC (mayoría de las dos terceras partes de los miembros del consejo y abstención del consejero afectado de participar en ese consejo de administración).

V. CONCLUSIONES

A nuestro entender, con la Ley de Reforma de la LSC, y a pesar de lo señalado en su Preámbulo, se ha venido a dar cobertura legal a la tesis, hasta ahora minoritaria, defendida por el Catedrático de Derecho Mercantil, Cándido Paz-Ares, al distinguirse dos tipos de retribuciones distintas para los administradores:

1. Las que se perciben “en su condición de tales” (reguladas en el artículo 217 de la LSC) que serán de aplicación para los administradores únicos, solidarios, mancomunados y consejeros sin funciones ejecutivas delegadas. Para este grupo de administradores, será necesario que los estatutos reflejen el concepto o conceptos retributivos a percibir por los mismos, recogiendo así lo que se ha denominado como el “principio de determinación estatutaria de la retribución”.

Para estas retribuciones, la junta general será competente para aprobar la cuantía máxima de la remuneración anual del conjunto de los administradores “en su condición de tales”, correspondiendo a los administradores, su concreción y la distribución de dicho importe entre ellos (a no ser, que la junta general apruebe lo contrario, es decir, apruebe la concreta distribución o unas pautas generales que, incluso, pueden quedar reflejadas en los estatutos). Para la distribución de la remuneración entre los administradores, la LSC no establece, para los administradores solidarios o mancomunados, ningún criterio de distinción al que se tenga que atender o hacer referencia, sin embargo, en el caso de que el órgano de administración sea un consejo, sí se debe atender a “las funciones y responsabilidades” atribuidas a cada consejero.

2. Las que percibe el consejero delegado o cualquier otro consejero al que se le deleguen facultades ejecutivas (reguladas en los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la LSC). La retribución del correspondiente consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas por el desempeño de funciones ejecutivas

deberá ser formalizada en un contrato que exigirá de la previa aprobación por el consejo de administración, estableciéndose ciertas cautelas (exigencia de mayorías reforzadas del consejo, la abstención del consejero afectado y la previsión de que el consejo se circunscriba en su actuación a las decisiones previamente acordadas por la junta).

Estas retribuciones no se encuentran sujetas al principio de reserva estatutaria establecido en el artículo 217 de la LSC, por lo que, desde un punto de vista mercantil: (i) no es necesario establecer en los estatutos los conceptos retributivos que el consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas pudieran percibir; y, (ii) se dota de autonomía al consejo de administración para establecer la cuantía de la retribución, que podría superar incluso, el máximo establecido en los estatutos para los administradores “en su condición de tales”. Esta autonomía del consejo de administración puede verse limitada si la junta general así lo determinase, ya sea aprobando una política de retribuciones, impartiendo instrucciones o estableciendo en los propios estatutos las directrices que estime convenientes.

Por lo que respecta a las sociedades limitadas, el contrato que regula la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, deberá, a su vez, en cualquier caso, contar con el acuerdo de la junta de socios, conforme a lo dispuesto en el artículo 220 de la LSC, que continua vigente y no ha sido modificado por la Ley de Reforma de la LSC.

El cambio radical de planteamiento que se ha venido a introducir en la retribución de los administradores, nos hace augurar una necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial seguida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma de la LSC, y en particular, no descartaríamos que la “doctrina del vínculo” tuviera que ser revisada por la jurisdicción social para aquellos consejeros que desempeñen funciones ejecutivas.

VI. MODELOS DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS

1. Introducción

A continuación, pasamos a exponer y proponer modelos de cláusulas estatutarias, en función de las distintas modalidades que puede adoptar el órgano de administración, esto es: (i) Administrador Único, (ii) Administradores Solidarios y Mancomunados, y (iii) Consejo de Administración.

Como punto de partida, debe señalarse que los modelos aquí reflejados, han sido redactados, exclusivamente, desde un punto de vista mercantil y bajo la perspectiva de nuestra opinión sobre la Ley de Reforma de la LSC expuesta en este informe. No tenemos duda de que caben otras interpretaciones a las aquí reflejadas por lo que la utilización de los modelos aquí contenidos no exime de la responsabilidad individual del que redacte la correspondiente cláusula, de realizar un análisis jurídico del asunto y de adaptar el modelo correspondiente a las circunstancias concretas. Asimismo, aspectos fiscales y laborales pueden tener también una importancia fundamental, por lo que es más que aconsejable que las mismas sean analizadas y vistas desde ambas perspectivas.

Por otro lado, con la Ley de Reforma de la LSC, se permite poder adoptar varias fórmulas par configurar la retribución de los administradores, por lo que la concreta

redacción de la cláusula estatutaria deberá atender al caso y a los intereses concretos. Por todo ello, resulta complicado establecer un modelo único, si bien hemos tratado de hacerlo, señalando, a su vez, una serie de pautas para la redacción de la correspondiente cláusula estatutaria.

2. Administrador Único que percibe retribuciones por diferentes servicios o trabajos prestados a la sociedad.

En función del tipo de trabajo o servicio realizado, puede optarse por uno de los dos siguientes modelos de cláusulas:

Modelo 1: “El cargo de administrador será gratuito. No obstante el administrador podrá percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos de los inherentes a su condición de administrador.”

Modelo 2²: “El cargo de administrador será retribuido. La cuantía máxima de asignación anual para el administrador será la que a tal efecto determine la junta general, que permanecerá vigente en tanto ésta no acuerde su modificación. La remuneración consistirá en [una cantidad fija anual³ que determinará la junta general] [(añadir, en su caso, otros conceptos retributivos⁴)]. [Esta cantidad se actualizará [en función de los índices o magnitudes que la propia junta general decida.] // [todos los años, el primero de enero, siendo la primera revisión el []]. La revisión se hará con arreglo al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya tomándose como módulo final el del mes de diciembre inmediato anterior a la revisión y como módulo inicial el del mes de diciembre del año anterior]⁵.”

² Con anterioridad a la Ley de Reforma de la LSC, una redacción muy frecuente de la cláusula estatutaria, para el caso de que el órgano de administración fuera un administrador único, era la siguiente: “El cargo de administrador será retribuido. La remuneración del órgano de administración consistirá en una asignación fija (en metálico) que determinará la junta general anualmente”. Entendemos, que la referida cláusula es perfectamente válida y compatible con la Ley de Reforma de la LSC.

³ Puede optarse aquí, por establecer en los estatutos directamente la cuantía a percibir por el administrador, estableciéndose la siguiente redacción: “La remuneración consistirá en una cantidad fija anual que queda establecida en [] euros”. El inconveniente es que, si se quisiera modificar esta cuantía, sería necesario volver a modificar los estatutos. Por ello, parece aconsejable no decir nada al respecto y que sea la junta general la que establezca la remuneración anual a percibir por el administrador único. Una vez se manifieste la junta general dicha cantidad permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Pero, según el caso, y dependiendo de la estructura accionarial de la sociedad, puede tener sentido determinar en los estatutos la cantidad fija anual.

⁴ Asimismo, pueden incluirse otros conceptos que no sean una cantidad fija o adicionalmente otros conceptos retributivos como los establecidos en el artículo 217.2 de la LSC: a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en los beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos) u otros que no estén aquí pero que los socios convengan. Nótese, sin embargo, que en caso de querer establecerse una remuneración mediante participación en beneficios habrá de estarse a las especificidades del artículo 218 de la LSC.

⁵ En el presente modelo, hemos optado, por ser quizás el más usado en la práctica, por establecer una cantidad fija anual que es objeto de revisión anualmente conforme al IPC. Es decir, habríamos optado por el sistema previsto en el artículo 217.2 letra (d) pero es perfectamente posible vincular la cantidad fija a otro índice objetivo, que no

Adicionalmente, el administrador podrá percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos de los inherentes a su condición de administrador.”

3. Administradores solidarios o mancomunados

Antes de entrar en los diferentes modelos, señalamos una serie de pautas para la elaboración de la cláusula estatutaria en el supuesto de que el cargo de administrador solidario o mancomunado sea retribuido:

- En principio la LSC establece que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general, pero puede establecerse, si así se quiere en los estatutos, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores.
- No se requiere establecer en los estatutos la cuantía exacta a percibir anualmente por los administradores pero sí es necesario establecer el sistema de remuneración, determinando el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores. A estos efectos, puede establecerse, entre otros, uno o varios de los siguientes sistemas establecidos en el artículo 217 de la LSC: a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en los beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos. Los anteriores sistemas de retribución no son limitativos, de modo que pueden establecerse otros sistemas (e.g. coche de empresa), e incluso, es posible establecer cumulativamente varios de los sistemas expuestos u otros que los socios o accionistas convengan.
- Asimismo, la LSC prevé que salvo que la junta establezca otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establezca por acuerdo de éstos. Por tanto, si nada se dice en los estatutos y tampoco la junta se pronuncia al respecto, serán los administradores los que acuerden el reparto de su retribución. Si se quiere evitar a toda costa que sean los administradores los que se repartan su retribución, puede incluso establecerse en los estatutos que sea la junta la que lleve a cabo la distribución de la retribución de los administradores.
- En principio la LSC, para los administradores solidarios y mancomunados, no hace mención a ningún factor de distinción que se deba tener en cuenta para que el reparto pueda ser desigualitario (a diferencia del consejo de administración donde se debe atender a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero). Por tanto, entendemos que en los estatutos, si así se quiere, se podrá señalar por determinadas circunstancias (e.g. la efectiva actividad de gerencia realizada, el administrador de más edad), qué administradores percibirán una

forzosamente tenga que ser el IPC o directamente establecer la cantidad fija sin ningún tipo de variación. Asimismo es también posible establecer que la cantidad se actualizará en función de los índices o magnitudes que la propia junta general decida.

retribución superior a la del resto, e incluso, determinar, qué administradores percibirán retribución y cuáles no.

- Es aconsejable, introducir en los estatutos, la posibilidad de percibir otras retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos a los inherentes a su condición de administrador.
- Debe tenerse presente que la remuneración acordada deberá respetar los "estándares de mercado" de empresas comparables, y ser razonable teniendo en cuenta la importancia de la sociedad, la situación económica de la misma en cada momento y el tamaño de la empresa; promocionando la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la compañía.

3.1. Administradores solidarios o mancomunados donde todos perciben retribuciones por trabajos o servicios prestados a la sociedad

En función del tipo de trabajo o servicio realizado, puede optarse por una de las dos siguientes modelos de cláusulas:

Modelo 1: “El cargo de administrador será gratuito. No obstante el administrador podrá percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos de los inherentes a su condición de administrador.”

Modelo 2: “El cargo de administrador será retribuido. 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]⁶. [Salvo que la junta general acuerde otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos⁷]. La remuneración consistirá en una [cantidad fija anual⁸]. [Esta cantidad se actualizará [en función de los índices o magnitudes que la propia junta general decida.] // [todos los años, el primero de enero, siendo la primera revisión el []. La revisión se hará con arreglo al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya tomándose como

⁶ Esto es lo que dice la LSC. Pero también puede establecerse la siguiente redacción: “queda establecido en la cantidad de [] euros”.

⁷ Esto es lo que dice la LSC pero, cabe, también alternativamente establecerse lo siguiente: (i) La distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos (es decir, hemos eliminado la posibilidad de que “la junta diga otra cosa” porque la junta a través de los estatutos ya están diciendo otra cosa, esto es, dando competencia a los administradores para que sean estos los que hagan el reparto; o bien (ii) la distribución de la retribución entre los distintos administradores lo acordará la junta general.

⁸ Puede también aquí establecerse la siguiente redacción: “La remuneración consistirá en una cantidad fija anual que queda establecida en [] euros”. Asimismo, pueden incluirse otros conceptos que no sean una cantidad fija o adicionalmente otros conceptos retributivos como los establecidos en el artículo 217.2 de la LSC ((a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en los beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos) u otros que no estén aquí pero que los socios convengan. Notese, sin embargo, que en caso de querer establecerse una remuneración mediante participación en beneficios habrá de estarse a las especificidades del artículo 218 de la LSC.

*módulo final el del mes de diciembre inmediato anterior a la revisión y como módulo inicial el del mes de diciembre del año anterior*⁹.

Adicionalmente, el administrador podrá percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos de los inherentes a su condición de administrador.”

3.2. Administradores solidarios o mancomunados donde sólo uno de ellos percibe retribuciones por trabajos o servicios prestados a la sociedad

En función del tipo de trabajo o servicio realizado puede optarse por uno de los dos siguientes modelos de cláusulas:

Modelo 1: “El cargo de administrador será gratuito. No obstante el administrador podrá percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos de los inherentes a su condición de administrador.”

Modelo 2: “El cargo de administrador será retribuido únicamente para el administrador *[que efectivamente realice las funciones de gerencia]*¹⁰. La cuantía máxima de asignación anual para el administrador será la que a tal efecto determine la junta general, que permanecerá vigente en tanto ésta no acuerde su modificación. La remuneración consistirá en una *[cantidad fija anual]*¹¹ que determinará la junta general *[que queda establecida en [] euros]* *[(añadir en su caso otros conceptos retributivos)]*¹². *[Esta cantidad se actualizará [en función de los índices o magnitudes que la propia junta general decida.] // [todos los años, el primero de enero, siendo la primera revisión el []]. La revisión se hará con arreglo al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya tomándose como módulo final el del mes de diciembre inmediato anterior a la revisión y como módulo inicial el del mes de diciembre del año anterior]*¹³.

Adicionalmente, el administrador podrá percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos de los inherentes a su condición de administrador.”

4. Consejo de Administración

⁹ Ver nota 5 anterior.

¹⁰ Entendemos que tras la Reforma de la LSC, no es necesario hacer, en el caso de los administradores solidarios o mancomunados, ninguna mención a un factor de distinción que se deba tener en cuenta para que el reparto pueda ser desigualitario (a diferencia del consejo de administración donde se debe atender a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero). Por tanto, entendemos que en los estatutos, si así se quiere, se podrá señalar por determinadas circunstancias (i.e. la efectiva actividad de gerencia realizada; el administrador de más edad, etc), qué administradores percibirán una retribución superior a la del resto, e incluso, determinar, qué administradores percibirán retribución y cuáles no. No obstante lo anterior, deberemos ver como reaccionan los notarios y registradores al criterio aquí mantenido.

¹¹ Ver Nota 3 anterior.

¹² Ver Nota 4 anterior.

¹³ Ver Nota 5 anterior.

Antes de entrar en los diferentes modelos, señalamos una serie de pautas para la elaboración de la cláusula estatutaria en el supuesto de que el cargo de consejero sea retribuido:

- En principio la LSC establece que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su “condición de tales” deberá ser aprobado por la junta general, pero puede establecerse expresamente dicha cantidad máxima, si así se quiere en los estatutos.
- No se requiere establecer en los estatutos la cuantía exacta a percibir anualmente por los consejeros en su “condición de tales” pero sí es necesario establecer el sistema de remuneración, determinando el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su “condición de tales”. A estos efectos, puede establecerse, entre otros, uno o varios de los siguientes sistemas establecidos en el artículo 217 de la LSC: a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en los beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos. Los anteriores sistemas de retribución no son limitativos, de modo que pueden establecerse otros sistemas (e.g. coche de empresa), e incluso, es posible establecer cumulativamente varios de los sistemas expuestos u otros que los socios o accionistas convengan.
- Asimismo, la LSC prevé que salvo que la junta establezca otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establezca por acuerdo de éstos. Por tanto, si nada se dice en los estatutos y tampoco la junta se pronuncia al respecto, serán los administradores los que acuerden el reparto de su retribución. Si se quiere evitar a toda costa que sean los administradores los que se repartan su retribución, puede incluso establecerse en los estatutos que sea la junta la que lleve a cabo la distribución de la retribución de los administradores.
- En la LSC se establece que para que el reparto entre los distintos consejeros pueda ser desigualitario es necesario atender a las “funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero”. Por tanto, entendemos que un matiz que permitirá establecer las diferencias de retribución entre los consejeros “en su condición de tales” es la titularidad de un cargo con funciones especiales, lo que justifica la existencia de una remuneración desigual. Si así se quiere, en los estatutos, se podrá señalar que el Presidente (o el Vice-Presidente, o el Secretario-Consejero o Vice-Secretario-Consejero) percibirán una retribución superior a la del resto, e incluso, determinar, por ejemplo, que únicamente el Presidente (o el Vice-Presidente, o el Secretario-Consejero o Vice-Secretario-Consejero) percibirá retribución y el resto de los consejeros “en su condición de tales”, no.
- Es aconsejable, introducir en los estatutos, la posibilidad de percibir otras retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos a los inherentes a su condición de administrador.

- Asimismo es aconsejable introducir en los estatutos, la posibilidad de percibir por los consejeros y el consejero delegado, adicionalmente, otra retribución por el desempeño de funciones ejecutivas y cuya retribución se detallará en el contrato que de conformidad con los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la LSC se deberá suscribir.
- Aunque entendemos que no es necesario, desde un punto de vista puramente mercantil establecer los conceptos retributivos que el consejero delegado o consejeros con funciones ejecutivas pudieran percibir, puede ser recomendable introducir los mismos a título de ejemplo, es decir sin carácter limitativo.
- Debe tenerse presente que la remuneración acordada ya sea en “su condición de tales” o por “el desempeño de funciones ejecutivas” deberá respetar los “estándares de mercado” de empresas comparables, y ser razonable teniendo en cuenta la importancia de la sociedad, la situación económica de la misma en cada momento y el tamaño de la empresa; promocionando la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la compañía.

4.1. Consejo de Administración con delegación de facultades y con cargo retribuido¹⁴

Modelo 1: 1. Los consejeros, en su condición de tales, tendrán derecho a percibir una remuneración de la sociedad que consistirá en [(i) una cantidad anual fija y ¹⁵(ii) dietas por asistencia efectiva a las reuniones del Consejo de Administración].

La cuantía máxima de asignación anual para los consejeros en su condición de tales será la que a tal efecto determine la junta general, que permanecerá vigente en tanto ésta no acuerde su modificación.

[Salvo que la junta general determine otra cosa, corresponderá al consejo de administración, dentro del límite fijado por la junta general, fijar en cada ejercicio el importe concreto a percibir por cada consejero en su condición de

¹⁴ Ver también el modelo establecido para el “Consejo de Administración sin delegación de facultades y con cargo retribuido” (sección 4.2 posterior) ya que, a nuestro entender, puede utilizarse el mismo modelo en ambas situaciones. Hemos redactado la cláusula de dos maneras diferentes para dar la opción de poder optar por cualquiera de las dos redacciones propuestas.

¹⁵ Puede también aquí establecerse la siguiente redacción: “ Los consejeros, en su condición de tales, tendrán derecho a percibir una remuneración de la Sociedad que consistirá en una cantidad anual fija que queda establecida en [] euros”. Asimismo, pueden incluirse otros conceptos que no sean una cantidad fija o adicionalmente otros conceptos retributivos como los establecidos en el artículo 217.2 de la LSC ((a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en los beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos) u otros que no estén aquí pero que los socios convengan. Nótese, sin embargo, que en caso de querer establecerse una remuneración bien (i) mediante participación en beneficios, o bien (ii) en acciones vinculada a su evolución, habrá de estarse, según el caso, a las especificidades del artículo 218 de la LSC y 219 de la LSC.

tal, su periodicidad y su forma de pago para lo que atenderá a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.]¹⁶

2. [Los consejeros a los que se les atribuyan funciones ejecutivas o a los que se les nombre consejeros delegados, sea cual fuere la naturaleza de su relación jurídica con la sociedad, tendrán adicionalmente derecho a percibir por dichas funciones, si así lo determina el consejo de administración y en los términos que previamente éste convenga, una retribución adicional. [*compuesta, sin carácter limitativo, por: [(a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidas; (b) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (c) una indemnización para el caso de cese del consejero que no estuviese motivado por el incumplimiento de sus funciones de administrador (d) una compensación por la no competencia post-contractual, (e) dietas por asistencia efectiva a las reuniones del consejo de administración [complementar o adecuar en función del caso]*]¹⁷. La referida remuneración, deberá ajustarse a la política de remuneraciones, aprobada, en su caso por la junta general [y a las directrices establecidas, en su caso por la junta general]¹⁸ y reflejarse en el contrato a suscribir con el consejero a que se refieren los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.]¹⁹

3. [La remuneración de los administradores ya sea en su condición de tales o por el desempeño de funciones ejecutivas 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.]²⁰

4. Adicionalmente los consejeros podrán percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos (i) de los inherentes a su condición de administrador o (ii) del desempeño de funciones ejecutivas.

¹⁶ Nótese que la LSC permite que sea la junta general (es decir, no tienen por qué ser los propios consejeros) la que concrete y determine el importe concreto a percibir por cada consejero en su condición de tal, en atención a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

¹⁷ Aunque los conceptos retributivos introducidos, son reflejados de manera enunciativa, no limitativa, recomendamos introducir, de antemano en los estatutos, aquellos conceptos que previsiblemente pudieran percibir los consejeros.

¹⁸ Establecer una política de retribuciones es opcional y no imperativo en las sociedades no cotizadas. Por ello y en la medida en que no se establezca dicha política de retribuciones, puede resultar interesante, según el caso, incluir esta referencia si se quisiera tener, por parte de los accionistas, un mayor control de la retribución de los consejeros. Entendemos que la Reforma de la LSC no impide que pueda introducirse esta referencia.

¹⁹ Aunque entendemos que no es necesario, desde un punto de vista puramente mercantil, reflejar en los estatutos este apartado 2, ni por tanto establecer los conceptos retributivos que el consejero delegado o consejeros con funciones ejecutivas pudieran percibir, puede ser recomendable, desde una perspectiva fiscal, introducir el mismo así como los conceptos retributivos a título de ejemplo, es decir, sin carácter limitativo.

²⁰ No consideramos que sea estrictamente necesario incorporar este párrafo pero consideramos aconsejable su introducción.

5. La sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus consejeros y directivos.”

4.2. Consejo de administración sin delegación de facultades y con cargo retribuido²¹

Modelo 1: “El cargo de administrador será retribuido. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general²² y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. La concreción y distribución de la retribución entre los distintos administradores por su condición de tales se establecerá por acuerdo de [la junta/ los administradores]²³, donde se tomará en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. La remuneración de los administradores por su condición de tales consistirá en [una cantidad fija anual] [añadir en su caso otros conceptos retributivos²⁴].

[Los consejeros a los que se les atribuyan funciones ejecutivas o a los que se les nombre consejeros delegados, sea cual fuere la naturaleza de su relación jurídica con la sociedad, tendrán adicionalmente derecho a percibir por dichas funciones, si así lo determina el consejo de administración y en los términos que previamente éste convenga, una retribución adicional. *[compuesta, sin carácter limitativo, por: ((a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidas; (b) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (c) una indemnización para el caso de cese del consejero que no estuviese motivado por el incumplimiento de sus funciones de administrador (d) una compensación por la no competencia post-contractual, (e) dietas por asistencia efectiva a las reuniones del consejo de administración [complementar o adecuar en función del caso].* La referida remuneración, deberá ajustarse a la política de remuneraciones, aprobada, en su caso por la junta general [y a las directrices establecidas, en su caso por la junta general]²⁵ y reflejarse en el contrato a suscribir con el consejero a que se refieren los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.]²⁶

[La remuneración de los administradores ya sea en su condición de tales o por el desempeño de funciones ejecutivas 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]²⁷.

²¹Ver también el modelo establecido para el “Consejo de Administración con delegación de facultades y con cargo retribuido” (sección 4.1 anterior) ya que, a nuestro entender, puede utilizarse el mismo modelo en ambas situaciones. Hemos redactado la cláusula de dos maneras diferentes para dar la opción de poder optar por cualquiera de las dos redacciones propuestas.

²²Como ya señalábamos en la Nota 15 anterior, puede, si se quiere, establecerse en los estatutos directamente el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores.

²³Asimismo, como señalábamos en la Nota 16 anterior, la distribución de la retribución puede realizarla, si así se quiere, la junta general.

²⁴ Ver Nota 15 anterior.

²⁵ Ver Nota 19 anterior.

²⁶ Ver Nota 17 anterior.

²⁷ Ver Nota 20 anterior.

Adicionalmente, los consejeros podrán percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos (i) de los inherentes a su condición de administrador o (ii) del desempeño de funciones ejecutivas.

La sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus consejeros y directivos.”

4.3. Consejo de administración sin delegación de facultades y con cargo retribuido únicamente para el Presidente del Consejo de Administración.

Modelo 1: “De los consejeros en su condición de tales, únicamente será retribuido el cargo de [Presidente]. [La cuantía máxima de asignación anual para el cargo de Presidente será la que a tal efecto determine la junta general, que permanecerá vigente en tanto ésta no acuerde su modificación.] [La remuneración consistirá en una [cantidad fija anual que determinará la junta] [*que queda establecida en [] euros*] [(añadir en su caso otros conceptos retributivos)]. [*Esta cantidad se actualizará [en función de los índices o magnitudes que la propia junta general decida.] // [todos los años, el primero de enero, siendo la primera revisión el []. La revisión se hará con arreglo al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya tomándose como módulo final el del mes de diciembre inmediato anterior a la revisión y como módulo inicial el del mes de diciembre del año anterior]]*]²⁸.

[Adicionalmente, los consejeros a los que se les atribuyan funciones ejecutivas o a los que se les nombre consejeros delegados, sea cual fuere la naturaleza de su relación jurídica con la sociedad, tendrán derecho a percibir por dichas funciones, si así lo determina el consejo de administración y en los términos que previamente éste convenga, una retribución. [*compuesta, sin carácter limitativo, por: [(a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidas; (b) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (c) una indemnización para el caso de cese del consejero que no estuviese motivado por el incumplimiento de sus funciones de administrador (d) una compensación por la no competencia post-contractual, (e) dietas por asistencia efectiva a las reuniones del consejo de administración [complementar o adecuar en función del caso].* La referida remuneración, deberá ajustarse a la política de remuneraciones, aprobada, en su caso por la junta general [*y a las directrices establecidas, en su caso por la junta general*]²⁹ y reflejarse en el contrato a suscribir con el consejero a que se refieren los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.]³⁰

[La remuneración de los administradores ya sea en su condición de tales o por el desempeño de funciones ejecutivas deberá en todo caso guardar una proporción

²⁸ Ver Notas 3, 4 y 5 anteriores.

²⁹ Ver Nota 19 anterior.

³⁰ Ver Nota 17 anterior.

razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables]³¹.

Adicionalmente, los consejeros podrán percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos (i) de los inherentes a su condición de administrador o (ii) del desempeño de funciones ejecutivas.

La sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus consejeros y directivos.”

4.4. Consejo de administración sin cargo retribuido

En la medida en que el cargo de consejero en su condición de tal no fuera a ser retribuido, bastaría simplemente con establecer en los estatutos que “el cargo de administrador en su condición de tal será gratuito”. En nuestra opinión, y como ya hemos señalado repetidamente en este trabajo, el hecho de que se quiera remunerar al consejero delegado o aquellos consejeros que desempeñen funciones ejecutivas, no requiere que deba reflejarse dicha circunstancia, ni establecerse en los estatutos, los conceptos retributivos que éstos pudieran percibir. Sin embargo, hemos incluido dos modelos en esta sección, por entender que, desde un punto de vista fiscal, puede resultar recomendable, según el caso, que tenga su reflejo estatutario (i) la posibilidad de prestar servicios o trabajos distintos a los inherentes a su condición de administrador o del desempeño de funciones ejecutivas; y (ii) la posibilidad de percibir una retribución por el desempeño de las funciones ejecutivas.

Modelo 1: “El cargo de administrador en su condición de tal será gratuito. [No obstante, los consejeros a los que se les atribuyan funciones ejecutivas o a los que se les nombre consejeros delegados, sea cual fuere la naturaleza de su relación jurídica con la sociedad, tendrán derecho a percibir por dichas funciones, si así lo determina el consejo de administración y en los términos que previamente éste convenga, una retribución. *[compuesta, sin carácter limitativo*³², *por: [(a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidas; (b) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (c) una indemnización para el caso de cese del consejero que no estuviese motivado por el incumplimiento de sus funciones de administrador (d) una compensación por la no competencia post-contractual, (e) dietas por asistencia efectiva a las reuniones del consejo de administración [complementar o adecuar en función del caso]. La referida remuneración, deberá ajustarse a la política de remuneraciones, aprobada, en su caso por la junta general [y a las directrices establecidas, en su caso por la junta general]*³³ y reflejarse en el contrato a suscribir con el consejero a que se refieren los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

³¹ Ver Nota 20 anterior.

³² Ver Nota 17 anterior.

³³ Ver Nota 19 anterior.

Adicionalmente, los consejeros podrán percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos (i) de los inherentes a su condición de administrador o (ii) del desempeño de funciones ejecutivas.”

Modelo 2: “Únicamente será retribuido el consejero delegado o consejero al que se le atribuyan funciones ejecutivas, sea cual fuere la naturaleza de su relación jurídica con la sociedad, teniendo derecho a percibir por dichas funciones, si así lo determina el consejo de administración y en los términos que previamente éste convenga, una retribución. *[compuesta, sin carácter limitativo³⁴, por: (a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidas; (b) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (c) una indemnización para el caso de cese del consejero que no estuviese motivado por el incumplimiento de sus funciones de administrador (d) una compensación por la no competencia post-contractual, (e) dietas por asistencia efectiva a las reuniones del consejo de administración [complementar o adecuar en función del caso].* La referida remuneración, deberá ajustarse a la política de remuneraciones, aprobada, en su caso por la junta general *[y a las directrices establecidas, en su caso por la junta general]³⁵* y reflejarse en el contrato a suscribir con el consejero a que se refieren los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

Adicionalmente, los consejeros podrán percibir retribuciones por la realización de servicios o trabajos distintos (i) de los inherentes a su condición de administrador o (ii) del desempeño de funciones ejecutivas.”

En Madrid, a 23 de abril de 2015

Luis Alcoz Coll
Abogado. Socio Responsable Dpto. Derecho Mercantil
LIFE ABOGADOS

³⁴ Ver Nota 17 anterior.

³⁵ Ver Nota 19 anterior.

C/ Velázquez, 78 - 1º
28001 - Madrid
T +34 911 433 038
F +34 917 915 674
info@lifeabogados.com

lifeabogados.com