



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DADE

La retribución de los administradores de las sociedades de capital

Presentado por:

María Cantera Tapia

Tutelado por:

Don Jesús Quijano González

Valladolid, 26 de junio de 2019

AGRADECIMIENTOS:

A mi familia, por apoyarme incondicionalmente a lo largo de estos seis años. Gracias por enseñarme a soñar, por enseñarme a ser, y por confiar ciegamente en mi.

A mi madre, por su empeño y dedicación, por su optimismo, por ver siempre el vaso medio lleno, por sentar precedente y ser el mejor ejemplo, "si quieres, puedes".

A mi padre, por entender mis sueños y compartirlos como si fueran propios, "si lucho puedo perder, pero sino lo hago estoy perdido".

A mi hermana, por ser mi eterna compañera de vida.

A los maestros que son capaces de transmitir su entusiasmo e ilusión, entre los cuales se encuentra sin lugar a dudas el tutor de este trabajo.

A todos, en palabras de Steve Jobs: "stay hungry, stay foolish".

RESUMEN

Este trabajo trata la problemática existente respecto al sistema retributivo de los administradores en las sociedades de capital no cotizadas. Concretamente, en las sociedades cuya forma de organización es compleja, surgiendo así el consejo de administración y distinguiendo entre consejeros con funciones deliberativas y funciones ejecutivas. El debate doctrinal y jurisprudencial se concentra en los consejeros con funciones ejecutivas y se acota temporalmente partiendo de la reforma del 3 de diciembre de 2014 con la ley 31/2014. Esta modifica el régimen retributivo de la LSC regulando en dos preceptos distintos regímenes diferentes. Este estudio recoge la postura de la doctrina y de la jurisprudencia desde la reforma a la actualidad, destacando la STS de 26 de febrero de 2018 la cual supone un antes y un después en el debate al romper con la posición doctrinal mayoritaria hasta el momento. Y concluye, resumiendo y analizando, de manera crítica, las reacciones doctrinales.

ABSTRACT

This paper discusses the ongoing debate about directors' remuneration system of unlisted limited companies. Specifically, those companies in which the managing body takes the form of a board, leading to the creation of a board of directors among which some have deliberative functions and others have executive functions. The doctrinal and case law discussion focuses mainly on directors with executive functions since the reform of the Spanish Companies Act on the 3rd of December of 2014 with the Act 31/2014. This causes variation of two different articles creating unlike systems. Therefore, this dissertation summarizes the existing approaches, highlighting the Supreme Court decision on the 26 of February of 2018, which breaks with the believes of most experts on this field. To end, this paper scrutinises in detail, from an analytical point of view, the current standpoints.

KEY WORDS

sistema de retribución, administradores, sociedad de capital, consejero ejecutivo, reserva estatutaria, tesis dualista, tesis unitaria, tesis integradora, consejero en su condición de tal, sociedad no cotizada, STS 26 febrero 2018, company's bylaws, directors' remuneration system

LISTADO DE ACRÓNIMOS UTILIZADOS

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CE: Comunidad Europea

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

ET: Estatuto de los Trabajadores

LIS: Ley del Impuesto de Sociedades

LMV: Ley del Mercado de Valores.

LSA: Ley de Sociedad Anónima

LSC: Ley de Sociedades de Capital

LSRL: Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada

OJ: Ordenamiento Jurídico

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SA: Sociedad Anónima

SL: Sociedad Limitada

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	7
2. LA PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO COTIZADAS.....	9
3. MARCO LEGAL ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 31/2014 DE 3 DE DICIEMBRE	10
3.1. Regulaciones anteriores al texto refundido de la LSC de 2010:.....	11
3.2. Regulación vigente desde la refundición de 2010 hasta la reforma de 2014:	11
3.3. Aspectos que siempre han sido problemáticos:	13
3.4. Motivos de la reforma:.....	14
4. ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 217 & 249 DE LA LSC.....	16
4.1. Estudio del artículo 217 de la LSC.....	16
4.2. Estudio del artículo 249 de la LSC.....	18
5. CONCEPTO E INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA ESTATUTARIA CON CARÁCTER GENERAL.....	19
6. DOCTRINA DEL VÍNCULO.....	21
7. EVOLUCIÓN DE LAS TESIS INTERPRETATIVAS DE LA REFORMA DE 2014:	22
8. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS DEL 26 DE FEBRERO DE 2018:	24
9. EFECTOS PRÁCTICOS TRANSVERSALES DE LA STS DEL 26 DE FEBRERO DE 2018:.....	33
10. RDGRNS POSTERIORES:.....	34
10.1. La resolución de 31 de octubre de 2018:.....	34
10.2. RDGRN de 8 noviembre de 2018:	39
10.3. Efectos prácticos de estas RDGRNs:.....	40
11. REACCIONES DOCTRINALES:.....	41
11.1. Postura intermedia:.....	41

11.2. Postura crítica:.....	46
11.3. Otras posturas más secundarias:.....	56
12. RETRIBUCIÓN EN SOCIEDADES DE CAPITAL COTIZADAS	
ARTÍCULO 529 LSC:	57
13. CONCLUSIONES:.....	59
14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	63
14.1. Bibliografía:.....	63
14.2. Webgrafía	64
14.3. Selección de jurisprudencia:	64
14.4. Legislación:	65
14.5. Otros documentos consultados:.....	66

1. INTRODUCCIÓN

La retribución de los administradores de capital ha sido un tema objeto de debate desde hace tiempo. No obstante, ha resurgido con más énfasis que nunca, tras la reforma de la LSC en 2014, con la ley 31/2014 de 3 de diciembre. Esta reforma pretendía dirimir las cuestiones discutidas por la doctrina, pero el uso de terminología ambigua no hizo sino acrecentar la confusión respecto al régimen retributivo para los administradores de las sociedades de capital no cotizadas.

Además, ocurre un fenómeno ciertamente sorprendente pues, antes de la reforma, las cuestiones más debatidas trataban sobre la naturaleza del contrato entre el administrador y la sociedad, siendo de gran importancia la teoría del vínculo, de origen jurisprudencial, o sobre la cuantía a percibir por el mismo. Pero tras la reforma surgen nuevos puntos de inflexión, relativos a la imperatividad de la previsión estatutaria del régimen retributivo o la ausencia de esta; y el alcance de tal determinación, pudiendo dejar margen de actuación al consejo de administración respecto al contrato entre la sociedad y el consejero con funciones ejecutivas o no permitiendo tal flexibilidad, imponiendo completa reserva estatutaria.

A lo largo de este trabajo, se va a describir cronológicamente los sucesivos hitos representativos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia de los tribunales y de la DGRN. Primero, se explicará por qué esta materia es tan relevante a efectos mercantiles y también, brevemente, sus efectos transversales. Asimismo, se hará referencia a la regulación vigente, a fin de contextualizar el objeto de estudio, estableciendo el marco regulatorio. Para ello, se empieza con un sucinto repaso de la evolución de la legislación, desde las primeras regulaciones que hacían referencia a la retribución de los administradores hasta la actual pasando por la refundición de las distintas leyes especiales, que regulaban las sociedades de capital, en una sola que armoniza su régimen.

Simultáneamente, se hace referencia a los aspectos problemáticos de la reforma y la motivación subyacente a la misma, respecto a la cual, cabe aclarar que además de las dudas existentes relativas al régimen retributivo de los administradores de las sociedades de capital, hubo otros motivos que indujeron la reforma. Por un lado, la crisis financiera desveló la imperiosa necesidad de establecer medidas que exigieran vinculación entre la retribución de los administradores y la situación real de la sociedad de capital, entendiendo por situación real, los verdaderos resultados de los ejercicios económicos. Por otro lado, el incipiente auge del buen gobierno corporativo como medio de creación de valor y de

garantía de la sostenibilidad de las sociedades, hizo que se empezara a regular a imagen y semejanza de las sociedades cotizadas (ámbito originario de la normativa del buen gobierno corporativo).

De este modo, una vez analizada la evolución de la normativa, se hace una explicación mero-declarativa de dos artículos de la LSC de aplicación, que son piezas angulares de esta materia por recoger la regulación del sistema retributivo de los administradores y de los consejeros de administración, respectivamente. Además, se incluyen, sucintas reflexiones críticas, relativas al porqué de su incorporación en la reforma o de su previa existencia.

Una vez concluida la contextualización socioeconómica y jurídica, y antes de exponer las distintas tesis de la doctrina, deviene necesario describir dos conceptos de vital importancia: el principio de reserva estatutaria y la doctrina del vínculo. El primero es el eje central de las distintas posiciones doctrinales y el segundo, si bien, en gran medida ya está superado, sigue siendo necesaria su explicación para entender futuras referencias de la jurisprudencia.

Tras esto, los siguientes epígrafes desarrollan el principal objetivo del trabajo, que no es otro que recopilar las distintas posturas interpretativas, primero jurisprudenciales y después doctrinales y criticar los argumentos esgrimidos por todas ellas, a fin de concluir con la mejor solución posible para todas las partes involucradas. Así, grosso modo, se van a diferenciar dos bloques antagónicos según consideren de aplicación el artículo 217 a todos los tipos de administradores o solo a algunos. Estos son: la tesis dualista y la tesis unitaria, respectivamente. Dentro de estas dos posturas doctrinales, habrá que diferenciar según se salvaguarde un sistema retributivo con reserva estatutaria más flexible o una mayor rigidez.

Posteriormente, se estudian las resoluciones de la DGRN y la rompedora sentencia del TS de 26 de febrero de 2018, así como sus efectos prácticos. Esta STS merece un epígrafe único pues no solo rompe con la opinión mayoritaria, sino que, además, debido a la cláusula estatutaria que la propicia, ostenta una radicalidad manifiesta que pone en duda la veracidad de una tesis intermedia.

Finalmente, se explica el régimen legislativo de las sociedades cotizadas y se exponen las conclusiones personales resultado de la reflexión y elaboración del conjunto del trabajo.

2. LA PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO COTIZADAS

A fin de entender la trascendencia de esta cuestión primero hay que analizar qué intereses están presentes.

Por un lado, hay intereses públicos, entendiendo por tales los de la sociedad en su conjunto. Estos son dos fácilmente comprensibles: cuando una empresa quiebra perjudica el tejido empresarial existente. Además, cuando se produce esa desafortunada circunstancia, las empresas tienden a acumular créditos salariales y derivados de los contratos laborales. Estos impagos son deudas adquiridas frente a administraciones públicas tales como: la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social. Y éstas, en caso de no ser liquidadas por las sociedades, tendrán que cobrarse del conjunto de los contribuyentes.

Por otro lado, hay intereses privados de tres agentes principales: la sociedad de capital, los socios, y los administradores. La sociedad de capital busca el beneficio común de todos sus socios, que no es otro que el mantenimiento rentable de la actividad empresarial; los socios no desean ver disminuido su potencial reparto de beneficios en forma de dividendos como consecuencia de una desproporcionada retribución de los administradores de la sociedad; y, por último, los propios administradores ansían percibir una cantidad económica que gratifique sus labores de gestión de la actividad social y representación de la misma.

Adicionalmente, las expectativas contrapuestas de los socios mayoritarios, que, en grandes empresas, tienden a coincidir con los administradores, y los socios minoritarios, que pretenden percibir retribución económica periódica en virtud de su aportación a la sociedad, hace que el legislador vea patente la necesidad de regular el sistema de retribución de los administradores, salvaguardando, no obstante, cierto margen de flexibilidad.

De este modo, el régimen legal de la retribución de los administradores de las sociedades de capital no cotizadas se regula en los artículos: 217, 218, 219 y 249 de la LSC. Complementariamente hay que acudir a la regulación del artículo 260 de la LSC relativo al contenido mínimo de la memoria, el cual incluye referencias a la retribución. Por otro lado, el régimen legal de las sociedades cotizadas está previsto en los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies de la LSC. Y de manera análoga, a las no cotizadas, es necesario tener en

cuenta las previsiones complementarias del artículo 541 de la LSC, en relación con las normas especiales de transparencia y el buen gobierno.

Más allá de la distinción entre sociedad cotizada y no cotizada, a la que se dedicará un epígrafe más adelante, cabe destacar que las diferencias sustanciales entre las sociedades de capital, principalmente: la sociedad anónima y la limitada, no son objeto del estudio, pues se refieren a los distintos modos de retribuir a los administradores, cuyo análisis requeriría de otro proyecto de investigación aparte.

Es una cuestión de importancia transversal, ya que no solo afecta al derecho mercantil en cuanto al contenido de los estatutos sociales, sus modificaciones, la retribución y los requisitos formales de los administradores en función del tipo, sino que también tiene trascendencia respecto de la rama fiscal. Un sector mayoritario de la Agencia Tributaria no considera la retribución de los administradores como gasto deducible en el IS salvo que en los estatutos sociales esté especificada la existencia de retribución y delimitada en función de los conceptos a retribuir.

Por último, cabe aclarar que este debate solo tiene cabida en las sociedades de capital no cotizadas cuyos órganos de administración adopten la forma colegiada, pues en los supuestos de organización simple, tanto el administrador único como los solidarios o los mancomunados van a ostentar todas las funciones inherentes al cargo de administrador. Por lo que no habrá que dilucidar qué régimen retributivo es de aplicación pues como la doctrina afirma de forma unánime y el legislador dispone es la regla general del artículo 217 de la LSC.

3. MARCO LEGAL ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 31/2014 DE 3 DE DICIEMBRE

En un primer momento la regulación de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada estaba recogida en leyes especiales distintas (LSA y LSRL). En 2010 se unificaron ambas leyes en una legislación única para todas las sociedades de capital (LSC). Finalmente, en 2014 hubo una reforma orientada a mejorar el gobierno corporativo de las sociedades de capital. A continuación, se analizan sucintamente los distintos momentos histórico-legislativos.

3.1. Regulaciones anteriores al texto refundido de la LSC de 2010:

Con anterioridad a la reforma de la ley 31/2014, la retribución o la ausencia de ella de cada forma jurídica de sociedad de capital estaba regulada en su propia legislación. De este modo, respecto a la SA hay que acudir al artículo 130 de la LSA¹ y respecto de la SL, al artículo 66 de la LSRL². Rápidamente cabe explicar que el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, aprobó un texto refundido que unificó ambas leyes especiales en la LSC.

Ninguna de las dos leyes distinguía clases de administradores, por lo que se aplicaba a ambos. Y para las sociedades cotizadas no se preveía regulación societaria específica, teniendo que acudir a la LMV o a las recomendaciones del Código Unificado, en las que únicamente se exigía la elaboración de un informe anual.

La LSA ya regulaba la reserva estatutaria de la retribución de los administradores, pero de manera muy sucinta, centrándose más en enumerar los distintos sistemas retributivos posibles.

La LSRL recogía la presunción de gratuidad del cargo, y la reserva estatutaria en caso de preverse distinto. Si bien, la regulación tampoco describe mucho más. En caso de no consistir en una participación en beneficios, sí hace referencia a la competencia de la junta general para fijar la remuneración anualmente.

El régimen actual parte de ambos artículos, aunque se infiere una mayor influencia de la regulación de las SL.

3.2. Regulación vigente desde la refundición de 2010 hasta la reforma de 2014:

Hasta el 2014, el artículo 217 de la LSC tenía una redacción diferente. En su primer apartado, se regulaban tres cuestiones: la presunción de gratuidad de los administradores; el

¹ Artículo 130 LSA: Retribución.

“ La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser de la parte 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 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. La retribución consistente en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones, deberá preverse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. Dicho acuerdo expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución” .

² Artículo 66 LSRL: Carácter gratuito del cargo

“1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución.

2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

3. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general .”

principio de reserva estatutaria de la existencia de remuneración, en su caso; y la necesaria previsión estatutaria del sistema retributivo elegido.

Por tanto, no solo debía destruirse en los estatutos sociales la presunción de gratuidad, sino también había que establecer qué sistema retributivo se aplicaría a los administradores de gozar estos de remuneración.

Este precepto no distinguía en función del tipo de administrador, sino que se refería a todos.

La jurisprudencia del TS justificaba la reserva estatutaria con el fin de proteger a los socios, facilitándoles el control y la información de esta materia de especial sensibilidad. Para entender esta protección, es necesario explicar el proceso que requiere la inclusión del sistema de retribución en los estatutos sociales. Toda sociedad de capital al constituirse tiene que formalizar una escritura de constitución. En este documento, uno de los contenidos esenciales son los estatutos sociales³. Estos han de entenderse como el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno y externo de la sociedad de capital. Con el fin de flexibilizar estas normas y adecuarlas a los distintos momentos de la sociedad, se permite su modificación posterior.

Tanto si se incluye el sistema de retribución en el momento de constituir la sociedad como si se hace a posteriori, la competencia para determinar si hay o no, para elegir el método y para aprobar su inclusión es de la junta general. Este órgano está formado por el conjunto de socios, y, obviamente, antes de decidir qué política de retribución estiman conveniente para los administradores, tienen derecho a informarse de la misma y pedir cuantas aclaraciones consideren convenientes ya sea antes de la celebración de la junta o mientras se está desarrollando⁴.

En cuanto a las mayorías necesarias, en la sociedad limitada se requiere, como mínimo, más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital⁵; y en la sociedad anónima, como mínimo, mayoría absoluta, en caso de estar presente o representado más de la mitad del capital⁶.

A mayores, una vez incluido en los estatutos sociales estos se inscriben en el Registro Mercantil, y se publican en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Por lo que,

³ Así, lo exige el artículo 23 de la LSC en su apartado primero letra d: " 1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones: d) Los estatutos de la sociedad."

⁴ Los derechos de información de los socios de la sociedad limitada y en la sociedad anónima se reconocen en los artículos 196 y 197 de la LSC respectivamente.

⁵ Artículo 199 de la LSC relativo a las mayorías reforzadas en la SL.

⁶ Artículo 201 de la LSC relativo a las mayorías de la SA.

para aquellos socios que no formaran parte de la sociedad cuando el sistema de retribución de los administradores fue adoptado, seguirían pudiendo consultarlo y conocerlo de manera pública⁷.

Por otro lado, las cuentas anuales elaboradas por los administradores y aprobadas por los socios en junta general también debían incluir en la memoria las remuneraciones percibidas por todos los administradores de la sociedad.

Hasta aquí el régimen no se ha visto modificado, pues la redacción actual del artículo solo sustituye el vocablo retribución por remuneración, dejando intacto el resto, no cambiando por tanto su significado.

Si bien, en el segundo apartado, se regulaba una previsión específica de las SL. Esta ha sido derogada y absorbida por la nueva legislación. Legislación que ahora regula el alcance de esta reserva estatutaria, aspecto que centra mucha parte del conflicto e introduce una distinción en función de la clase de administrador.

La incorporación del segundo apartado exige concretar el concepto o conceptos en virtud de los cuales se va a remunerar al administrador en su condición de tal, citando a título ejemplificativo unos cuantos, dejando la lista abierta y no siendo por tanto *numerus clausus*. En el epígrafe siguiente se estudia la nueva redacción e incorporación de apartados.

3.3. Aspectos que siempre han sido problemáticos:

Hay varios aspectos que han sido objeto de debate, independientemente de la regulación vigente, desde antes de la refundición. Estos son concretamente tres: el *quantum* de la retribución de los administradores y su transparencia; la naturaleza del contrato entre el consejo de administración y el administrador (cuestión transversal con matices laborales y fiscales que cobra importancia la doctrina del vínculo); y la compatibilidad de retribuciones estatutarias y derivadas del contrato.

La conflictividad de estos no se circunscribía a España, ya que a nivel internacional también preocupaban. De ahí, que surgieran recomendaciones tales como la Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009 o el informe de Bruselas de 28 de julio de 2016. Incluso llegando a dictarse la Directiva de evaluación de las normas sobre remuneración 2013/36/UE y el Reglamento sobre requisitos de capital 575/2013.

⁷ Artículo 35 y 290 de la LSC relativos a la publicidad de la inscripción en el Registro Mercantil.

3.4. Motivos de la reforma:

Desde una perspectiva socioeconómica, en los años de la crisis financiera se hizo evidente la insuficiencia de la regulación de la época. Muchas sociedades con escasa solvencia se veían obligadas a hacer frente a retribuciones desproporcionadas de los órganos de gestión de la sociedad. Incluso en algunos supuestos, las dudas legislativas en manos de administradores interesados terminaban provocando perjuicios a las sociedades.

Estos hechos acaecieron en España, pero también a nivel global, configurándose una problemática internacional. Esta obtuvo respuesta, sobre todo a nivel comunitario con normativa no vinculante, con la Recomendación 2009/385/CE sobre promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas, que dejaba un gran margen de actuación a los estados miembros.

De este modo, las normas que ordenan la actuación y el funcionamiento de los órganos superiores de gestión de las empresas, a saber, los accionistas, los directivos y los administradores, sufrieron un estrepitoso auge y se convirtieron en foco de atención, al entender que un buen gobierno corporativo protege en mayor medida los intereses de esos grupos mencionados, crea valor, genera riqueza e impulsa el crecimiento y estabilidad de la empresa⁸.

El legislador español antes del 10 de junio de 2019 tendrá que incorporar las instrucciones europeas recopiladas en la Directiva Europea 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo que modificaba la Directiva 2007/36/CE respecto a la implicación real y sostenible de los accionistas a largo plazo.

Además, la reforma de 2014 es parte de una renovación del régimen de las sociedades de capital de mayor calado, pues anteriormente el legislador mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en materia de transparencia de los sistemas retributivos introdujo en la LMV dos artículos (61 bis y 61 ter) que regulan la obligación de redactar y presentar a la junta general, como punto separado del orden del día, junto con el informe anual de gobierno corporativo, un informe anual sobre remuneraciones; y mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento

⁸ Definición de gobierno corporativo extraída de la Asociación España para la Calidad (AEC) y de la firma multinacional Deloitte. Disponibles ambos recursos en los siguientes links respetivamente: <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/buen-gobierno-corporativo> , [consulta: 2/04/2019] y <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html#>, [consulta: 2/04/2019].

Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas⁹.

También posteriormente, con la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, que afecta al contenido de la memoria regulado en el artículo 260 de la LSC¹⁰.

Aunque la normativa anteriormente mencionada se refiera en su mayoría a las sociedades cotizadas, la regulación de las no cotizadas se pretende hacer a su imagen y semejanza.

Desde una perspectiva jurídica, parte de la doctrina ansiaba que la retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas por otros títulos, fuera competencia del consejo de administración de las sociedades de capital. Además, había sectores que consideraban que la retribución de los administradores con funciones ejecutivas no debería ser objeto de reserva estatutaria.

Con el fin de asegurar el control de los accionistas y un mínimo de transparencia, la reforma de 2014 concreta el régimen preexistente reafirmando las competencias de la junta general en esta materia. Y a mayores distingue, finalmente, el régimen de retribución de las sociedades cotizadas.

A partir de la reforma, queda patente que hay que distinguir entre sociedades cotizadas y no cotizadas, y dentro de estas últimas, diferenciar el régimen retributivo de los administradores, por un lado, por sus funciones de gestión y decisión y, por otro lado, por sus funciones ejecutivas.

Se regulan tres títulos remuneratorios distintos cuyo alcance específico y compatibilidad son objeto de disputa y conceptualmente diferenciables: artículo 217 de la LSC; artículo 249 LSC, y de manera diferenciada, para las sociedades cotizadas el artículo 529 sexdecies y siguientes de la LSC.

Según la interpretación excluyente o acumulativa de los dos primeros, en su conjunto o en virtud de sus diferentes apartados, se estará a la postura del TS, de la DGRN, de la AP, de los Juzgados de primera instancia o de los expertos en la materia.

Los objetivos que se espera alcanzar gracias a esta reforma de 2014 son principalmente los dos siguientes:

⁹ ARROYO APARICIO, A. et al (2018): "Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades". Coordinación de José Antonio García-Cruces. Tirant Lo Blanch. Valencia. pág. 21.

¹⁰ ARROYO APARICIO, A.: "Retribución y ..." op. cit. pág. 21.

- Mayor transparencia de los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas y no cotizadas.
- Mayor actuación de la junta general de socios a fin de proteger los intereses de los socios y, sobre todo de los socios minoritarios.

4. ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 217 & 249 DE LA LSC

Es necesario analizar lo descrito en ambos pasajes legislativos pues son el punto de partida de la polémica en materia retributiva. En epígrafes posteriores se recopilarán las interpretaciones más representantes de las distintas tesis, pero primero debe hacerse una exposición mero-declarativa del contenido dispuesto en ellos.

4.1. Estudio del artículo 217 de la LSC

En el primer apartado se regula la presunción de gratuidad del cargo de administrador. Se articula con carácter *iuris tantum*, por lo que de así desearse se podrá contradecir dicha presunción, estableciendo en los estatutos sociales el carácter oneroso del cargo y fijando el sistema de remuneración a percibir.

Por tanto, para que sea lícita la cláusula estatutaria que establezca el carácter oneroso del cargo tendrá que especificar también el sistema retributivo.

Cabe plantearse que aplicación práctica se obtiene de la presunción de gratuidad del primer apartado del artículo 217 de la LSC. Una primera aproximación, que a grosso modo, concluyera que ninguna no sería completamente desacertada ya que la realidad evidencia que en la mayor parte de los casos los administradores tanto aquellos que actúan con meras funciones deliberativas como aquellos con funciones ejecutivas sí reciben retribución por sus servicios prestados, sin perjuicio de que estas sean distintas cualitativa y cuantitativamente.

Entonces, ¿por qué incluir tal presunción de derecho imperativo? La respuesta es simple, es mucho menos gravoso presuponer la gratuidad del cargo que presuponer lo contrario. Si los estatutos sociales no abordan la retribución de los administradores, esta es nula. Y, por el contrario, de prever su retribución es requisito indispensable la determinación del método retributivo, no solo por imperativo legal del artículo de estudio, sino también como requisito regulado en el artículo 23 e) de la LSC.

De este modo, es un acto de pura comodidad, y en gran medida de tradición, pues la regulación de las SL ya lo preveía.

A mayores, de no suponerlo gratis salvo pacto en contrario sería incluso más inusual que el desempeño del cargo de administrador no fuera retribuido.

Por el contrario, las sociedades cotizadas tienen un régimen completamente opuesto, en las cuales, el cargo de administrador necesariamente tiene que ser remunerado, salvo disposición contraria en los estatutos, de acuerdo con el artículo 529 sexdecies de la LSC.

El segundo apartado describe que el sistema retributivo tendrá que contener el concepto o conceptos retributivos en virtud de los cuales los administradores “en su condición de tales” van a percibir una remuneración. Y a título ejemplificativo, recoge siete sistemas retributivos en las letras de la a) a la g): una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a la evolución de la empresa, indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no sucediera como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones del administrador, y los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos. Dos de estos siete son desarrollados en los artículos siguientes, el 218 y 219 de la LSC.

Sorprende la falta de previsión de la remuneración en especie, muy habitual en los consejeros. Si bien, hay que recordar, que es una lista abierta, no son *numerus clausus*.

La terminología de este apartado será uno de los argumentos más decisivos en el debate doctrinal.

El tercer apartado se regula las competencias de dos órganos de actuación distintos. Por un lado, establece que la junta general de socios tendrá la facultad de aprobar el límite máximo anual del total de los administradores “en su condición de tales”, permaneciendo vigente este valor hasta que no sea sustituido por uno nuevo. Y, por otro lado, la potestad de los administradores (o del consejo de administración si está organizado de manera colegiada) para distribuir esa cuantía aprobada por la junta general entre todos los administradores (o consejeros en su caso) en función de las “funciones y responsabilidades” que cada uno desempeñe. Esta decisión se tomará por acuerdo del consejo de administración a no ser que la junta general decida algo distinto.

Este precepto y el anterior son los más susceptibles de flexibilización en las tesis integradoras extremas o integradoras intermedias que se analizarán en los siguientes epígrafes. Y el que concreta los “tres niveles” (estatutos sociales, junta general y consejo de administración) a los que algunas tesis hacen referencia.

El apartado cuarto supone una verdadera innovación, pues recoge materialmente argumentos que avalen potenciales impugnaciones de los socios minoritarios de cláusulas de suspensión y de devolución de las retribuciones percibidas. En definitiva, remuneraciones abusivas.

Está influenciado en gran medida por las recomendaciones comunitarias de buen gobierno corporativo y el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas publicado por la CNMV, concretamente por el principio veinticinco¹¹.

En cuanto al contenido, establece que la retribución de los administradores debe ser proporcional y acorde a la relevancia de la sociedad, sus circunstancias económicas coyunturales y la realidad de ese sector en el mercado. Además, tendrá que favorecer la rentabilidad y sostenibilidad en el futuro de la sociedad y evitar la asunción desmesurada de riesgos y el premio de resultados negativos.

4.2. Estudio del artículo 249 de la LSC

A pesar de que el precepto ha sido reformado en su totalidad, tienen especial importancia los apartados tercero y cuarto, pues son los que hacen referencia al contrato entre el administrador y el consejo de administración.

El primero, prevé la posibilidad del consejo de administración de delegar en uno o varios miembros, convirtiéndoles en consejeros delegados, siempre que no se prohíba específicamente en los estatutos sociales.

El segundo, regula las mayorías necesarias para aprobar estas delegaciones. Su contenido replica el anterior apartado tercero, ya que el anterior segundo ha sido objeto de una profunda modificación y ahora constituye el artículo 249 bis de la LSC, relativo a las facultades indelegables del consejo de administración.

El tercero, exige una mayoría de dos tercios de los miembros del consejo de administración, excluido el administrador con funciones ejecutivas en virtud de la delegación o de otros títulos, para aprobar el contrato entre tal administrador y la sociedad. Este contrato se adjuntará al acta de la sesión. No hace referencia a los estatutos sociales.

¹¹ Principio 25 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas: *“La remuneración del consejo de administración será la adecuada para atraer y retener a los consejeros del perfil deseado y retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que exija el cargo sin comprometer la independencia de criterio de los consejeros no ejecutivos, con la intención de promover la consecución del interés social, incorporando los mecanismos precisos para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”.*

El cuarto, fija de manera imperativa que todos los conceptos en virtud de los cuales se quiera que el administrador perciba remuneración deben aparecer en el contrato, pues queda prohibido remunerarle por cualquier otro.

Por último, se establece que, de haber política de retribuciones aprobada por la junta general, el contrato no podrá ser contrario a la misma.

5. CONCEPTO E INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA ESTATUTARIA CON CARÁCTER GENERAL

La reserva estatutaria actúa en favor de los socios, especialmente los minoritarios en aras de la transparencia. La especial garantía que aportan los estatutos sociales es su condición de públicos. Cualquiera puede acceder a la información en ellos contenida, inclusive al sistema de retribución de los administradores.

Con anterioridad a la reforma de 2014, ya era necesario que, de ser retribuida la función de los administradores, se tuviera que hacer constar en los estatutos sociales la existencia de retribución, y el sistema retributivo, pues así lo recogía el ya derogado 217 LSC. Al igual que lo recoge el actualmente vigente.

Si bien, había algunas dudas acerca del nivel de concreción necesario. Por ejemplo, ¿pueden establecerse sistemas de retribución alternativos? ¿y acumulativos? ¿y subsidiarios? Una resolución de la DGRN de 17 de junio 2014¹² aclara gran parte de estas incertidumbres, señalando que *"el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos"*.

Así, en virtud de la reserva estatutaria, el sistema de retribución de los administradores debe estar fijado cualitativamente en los estatutos sociales. Debe ser una previsión clara, en la que no quepa duda y que incluya un sistema retributivo sin margen de elección ni de la junta general ni del órgano de administración. Es decir, no podrá incluirse una previsión alternativa en los estatutos sociales en virtud de la cual elija en cada momento un órgano u otro, ya que se estarían dañando las principales intenciones de esta previsión

¹² Resolución publicada en el BOE el 29 de junio de 2014.

legal que son la transparencia y seguridad jurídica de los sistemas retributivos de aquellos encargados de gestionar la compañía.

No obstante, se podrían fijar como método retributivo sistemas alternativos, en los que la elección no recayera sobre un órgano, sino que fuera una decisión objetiva. Por ejemplo: "se elegirá aquella que sea de mayor cuantía de entre las previstas".

Asimismo, se podrían incluir sistemas acumulativos de retribución, siempre y cuando no dañaran la pretensión de determinación, claridad y transparencia. Así, una remuneración fija y una variable, a mayores, a percibir de haber cumplido unos objetivos prefijados en los estatutos sociales.

De igual modo, los sistemas de retribución subsidiarios también serían válidos, cuando cumplieran con lo anteriormente expuesto. El objetivo por conseguir no es restringir la flexibilidad de los socios a la hora de delimitar el sistema de retribución de los administradores. Lo verdaderamente esencial es que esté previsto con determinación tal que en todo momento tanto los socios presentes, potenciales y futuros, como los administradores y el público interesado puedan conocer el sistema retributivo de una sociedad de capital determinada.

Además, señalar, que, aunque la reforma sucediera en diciembre y la resolución sea de junio, sigue siendo de interpretación y aplicación legítima. Pues, aunque en la redacción vigente del artículo 217 de la LSC se hace una referencia al "concepto o conceptos retributivos" que no estaba en la anterior redacción, la posibilidad de que estén sujetos a decisión de cualquier órgano de la sociedad de capital sigue siendo inválida. Es más, la redacción actual precisa de mayor concreción que su predecesora.

Distinto es, respecto a la reserva estatutaria cuantitativa. Si bien, la ley exige que se delimite el concepto o los conceptos en virtud de los cuales se va a remunerar, el precepto no exige que la determinación sea tal que alcance a establecer una determinada cuantía. Este aspecto originó hace tiempo la doctrina del milímetro que sí exigía que para que el gasto fiscal fuera deducible debía fijarse la cuantía exacta. No obstante, esta doctrina está hoy en día superada no siendo necesario que los estatutos sociales incluyan la cantidad concreta a percibir, basta con que el sistema retributivo esté correctamente descrito.

Esto no obsta, para que sean válidas las previsiones estatutarias en las que se fije la cantidad máxima o incluso la cantidad concreta a percibir. Pero siempre distinguiendo que su validez no implica su normatividad.

6. DOCTRINA DEL VÍNCULO

Antes de proseguir, hay que describir en que consiste esta doctrina, qué argumentos se esbozaron a su favor y qué justificación tenía.

Básicamente surgió como respuesta a la cuestión de si era posible que en una misma persona concurren funciones de dirección y gestión de la sociedad y, simultáneamente, funciones ejecutivas. Esto ocurría con gran frecuencia a consejeros delegados, administradores únicos, solidarios o mancomunados cuando también existe un contrato de trabajo laboral entre ellos y la sociedad para la que prestan sus servicios.

Al ser puestos de tan especial y vital importancia, suelen configurarse como relaciones laborales especiales de alta dirección, reguladas por el Real Decreto Ley 1382/1985 de 1 de agosto.

Cabe explicar de manera sucinta, que no son relaciones laborales ordinarias debido a la mayor posición de igualdad existente entre las partes, la gran relación de confianza y las funciones inherentes del cargo que hacen que se excluya de la regulación del ET, de acuerdo con el artículo primero apartado tercero letra c).

La alta dirección se define como *" aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad"*¹³.

Esta doctrina surgía unos años después de la promulgación del RD ley antes mencionado, concretamente en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 29 de septiembre de 1988. En ella se fijaba la incompatibilidad de que en una misma persona concurriera el cargo de administrador y existiera un contrato laboral de alta dirección cuyo objeto fueran precisamente funciones de dirección y de gestión de la sociedad, pues se entendía que el cargo de administrador social subsume esta otra relación debido a la intensidad de la relación mercantil entre sociedad y administrador.

Las principales aplicaciones prácticas eran las siguientes: los estatutos sociales eran los que regían la relación entre el administrador y la sociedad; era ineficaz ab initio cualquier contrato laboral de alta dirección cuyas partes fueran la sociedad y un administrador de esta, entendiéndose en un principio que esta relación laboral quedaba suspendida, pero

¹³ Artículo 2 del Real Decreto Ley 1382/1985 de 1 de agosto.

posteriormente se consideró que se extinguía salvo disposición en contrario; el principio de reserva estatutaria abarcaba la retribución del administrador; y el cargo de administrador era compatible con una relación laboral ordinaria.

7. EVOLUCIÓN DE LAS TESIS INTERPRETATIVAS DE LA REFORMA DE 2014:

Tras la reforma de 2014, en un primer momento se entendió como válida la tesis dualista que diferenciaba dos clases de administradores con regímenes retributivos distintos: aquellos con funciones inherentes al cargo, cuya retribución estaba sometida a la reserva estatutaria y acotada con el límite máximo anual global fijado por la junta general; y aquellos que además de esas facultades, tienen otras por delegación o por otro título o por ser ejecutivos, cuya retribución se pactaba en un contrato con la sociedad aprobado por dos tercios de los miembros del consejo, por los conceptos que en él se recogieran sin necesidad de reserva estatutaria alguna o voto a favor de la junta general. Es decir, la aplicación excluyente del artículo 217 de la LSC para los primeros y del artículo 249 de la LSC para los segundos.

Es más, incluso se consideraba perfectamente lícito que en los estatutos sociales no se hubiera establecido el carácter oneroso del cargo de administrador, pero que hubiera consejeros delegados con remuneración en virtud de esos contratos acordados entre la sociedad y el consejero.

Esta tesis de la DGRN surgió como resultado de resoluciones a lo largo del 2015 y 2016. Se defendió por primera vez en el año 2015 en la resolución de 30 de julio. Esta surge tras intentar registrar una cláusula estatutaria que, si bien recogía con precisión todos los conceptos necesarios para retribuir a los administradores, no corría esa suerte respecto al contrato entre el consejo de administración y el consejero delegado, al no determinar suficientemente los supuestos de hecho que darían lugar a la percepción adicional de elementos retributivos por el consejero delegado, a ojos del registrador. La redacción literal establecía: *"...Adicionalmente, en la medida en que resulte adecuado para garantizar una adecuada compensación por sus funciones, su retribución se verá complementada con: (i) aportaciones a un plan de pensiones, (ii) póliza de seguro por fallecimiento e invalidez y (iii) seguro médico personal y para los familiares a su cargo que convivan con ellos..."*.

La resolución acaba estimando el recurso yendo contra la decisión del registrador, al dar la razón a la sociedad que defiende la tesis del doble régimen contributivo, en virtud de

la cual, el consejero ejecutivo estaba vinculado a la sociedad por una doble relación: por un lado, una básica derivada de la función de administración ordinaria; y, por otro lado, una adicional como consecuencia de las competencias delegadas en virtud de una administración derivada.

Esta postura se defendía por analogía a la regulada para las sociedades cotizadas en los artículos 529 de la LSC y siguientes, pues estos diferenciaban dos regímenes totalmente distintos según el tipo de administrador. Y, sobre todo, que el órgano competente para fijar la remuneración correspondiente al desarrollo de las funciones ejecutivas debía ser el consejo de administración. Esto se debe a que aquel que ostenta la potestad para nombrar al consejero delegado, es decir, para delegarle funciones, debe ser también el que fije su retribución, a fin de poder negociar.

El problema, no obstante, subyace en que el Registrador entiende que no goza el precepto de suficiente determinación estatutaria, pero en aquel momento, el sistema retributivo de los consejeros delegados se entendía que no requería de previsión estatutaria, por lo que no se puede esgrimir una falta de determinación acorde a una reserva estatutaria que no es exigible. El fondo del asunto, el alcance del principio de determinación no es resuelto, porque no atañe al supuesto concreto.

La siguiente resolución es del mismo año, unos pocos meses más tarde, de 5 de noviembre. La cláusula estatutaria que recibe calificación registral negativa fue debido a la falta de referencia al necesario contrato entre el consejo de administración y el consejero delegado. Si bien, tras las pertinentes argumentaciones la DGRN dictamina que no es preceptiva referencia alguna al contrato a celebrar, pues es cuestión que no precisa de reserva estatutaria.

Básicamente, se limita a reafirmar la postura defendida hasta el momento por la DGRN respecto a la reserva estatutaria.

Unos cuantos meses después, se dicta la resolución de 10 de mayo de 2016. En esta ocasión, la estipulación estatutaria que fue rehusada establecía la gratuidad del cargo de administrador y, simultáneamente, remuneración de una administradora solidaria en aquellos casos en los que realizara trabajos dependientes para la sociedad; entendiendo contradictorias ambas pretensiones.

La posición de la DGRN se argumentaba entorno al tratamiento dualista de las remuneraciones de los administradores. En virtud de la cual, para que un administrador recibiera retribución debía haber elementos objetivos distintos entre sus funciones y las de

otro administrador. Se distinguía entre las funciones inherentes al cargo de administrador de las funciones extrañas al mismo.

De este modo, los trabajos dependientes a los que se refería la disposición hacen referencia a un contrato laboral, en el que una de las características esenciales es la dependencia.

8. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS DEL 26 DE FEBRERO DE 2018:

En el año 2015, el Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 SL, en adelante, AS-3SL, intenta inscribir en el Registro Mercantil sus estatutos sociales. Si bien, la inscripción es denegada por el Registrador Mercantil Don Arsenio, al considerar que uno de sus apartados vulneraba los artículos 217 y 249 de la LSC.

El apartado en cuestión regula la retribución de los administradores de la sociedad de AS-3 SL¹⁴, asunto que, hasta la fecha, desde la reforma de 2014, había sido debatida doctrinal y jurisprudencialmente.

Ante la negativa del Registrador Mercantil, AS-3 SL impugna ante el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, esgrimiendo la inscribibilidad del precepto. Debido a la desestimación de su demanda por el Juzgado, recurre en apelación a la Audiencia Provincial de Barcelona, órgano que finalmente estima su petición. Si bien, el Registrador Mercantil recurre en casación al TS, ocurriendo así a la tan famosa sentencia del 26 de febrero de 2018.

En esencia, el precepto atribuye la competencia de regular el sistema de retribución de los administradores ejecutivos al consejo de administración, en caso de que haya tal consejo, ignorando completamente la voluntad de la junta general y sin ser necesaria su previsión en los estatutos sociales.

Debido a la complejidad de las distintas posturas interpretativas y sus argumentos, se analizarán cada uno de ellos paulatinamente hasta concluir con el fallo de la Sala Primera del TS.

¹⁴ "El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde este la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2 de la LSC".

El Registrador Mercantil, defiende la validez del principio de reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores. De tal modo que, tanto el hecho de su retribución como su concreción son circunstancias por determinar en los estatutos sociales independientemente de que sean administradores con funciones deliberativas o ejecutivas, pues ambos se incluyen dentro de este paraguas de la reserva estatutaria.

Además, entiende que la competencia subjetiva es de la junta general formada por los socios, y no del consejo de administración, no siendo posible delegación de la primera en la segunda.

Así, concibe la regulación del artículo 249 de la LSC, referido al contrato de concreción de la remuneración entre los administradores ejecutivos y el consejo de administración, acumulativa a la del artículo 217 de la LSC, referido al principio de reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores.

No olvidando, pues, que los administradores ejecutivos son ante todo administradores y, por ende, la regla general del artículo 217 de la LSC sigue siendo de aplicación, sin perjuicio de que a mayores se concrete la previsión estatutaria de la retribución de los administradores ejecutivos en un contrato aparte, que no requiera de inclusión en los estatutos sociales ni de publicación en el Registro Mercantil.

De este modo, se intenta salvaguardar la regla general con sus consiguientes garantías de transparencia.

Esta postura es ratificada por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, al desestimar completamente la demanda del apelante.

AS-3 SL, por su parte, denuncia que tal interpretación de la legislación no recoge las modificaciones introducidas por la reforma de 2014, en las que, a su parecer, se establece un sistema de dualidad retributiva según el cual, cada tipo de administrador, de gozar de retribución, tiene una regulación dispar a la que deberá de atenerse.

Resalta la distinción de la LSC en cuanto en el artículo 217 apartado segundo se refiere a los administradores "en su condición de tales"¹⁵ mientras que el artículo 249 apartado tercero de la misma ley se refiere a los administradores con funciones ejecutivas¹⁶. Esta interpretación, atiende a la literalidad de la norma, esgrimiendo que la voluntad del legislador se hace patente en la elección de términos de cada precepto.

¹⁵ Artículo 217.2 de la LSC: "El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su **condición de tales** y que podrá consistir..."

¹⁶ Artículo 249.3 de la LSC: "Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan **funciones ejecutivas** en virtud de otro título..."

Así, una cláusula como la controvertida no requeriría ni de previsión estatutaria previa ni de acuerdo de la junta general de socios, siendo únicamente objeto de acuerdo entre los propios administradores.

En definitiva, sería una aplicación *a sensu contrario* de la famosa máxima utilizada por la jurisprudencia: "*allí donde la ley no distingue no cabe distinguir*"¹⁷, originaria del aforismo latino: "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*". Es decir, que la ley establece una regulación alternativa para cada clase de administrador.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, adopta la postura de un sector significativo de la doctrina de la DGRN, para los que la reforma de 2014 implica una dualidad de regímenes de retribución. De tal modo que la aplicación del artículo 249 de la LSC excluye y exime de la aplicación del artículo 217 completamente, cuya principal consecuencia para los socios es la pérdida de transparencia al no ser necesario el control de estos para la aprobación de la retribución de los administradores. Más concretamente, se reproduce la resolución de la DGRN del 17 de junio del 2016¹⁸.

Esta última resuelve el recurso interpuesto frente a la calificación negativa de una cláusula de los estatutos sociales de una SL¹⁹. Si bien, este precepto no está redactado de manera tan radical como la cláusula a tratar en la sentencia del supremo, pues, aunque establece que el sistema retributivo se regulará por contrato entre el consejo de administración y el administrador ejecutivo, y no prevé nada respecto a los estatutos sociales, reconoce, en parte, ciertas competencias a la junta general de socios al fijar que esta determinará la cuantía anual de la retribución.

Es decir, aplica el artículo 217 apartado tercero de la LSC respecto a la exigencia de la junta general para determinar el máximo de la retribución anual de los administradores y el artículo 249 apartado tercero de la LSC respecto al contrato de los administradores con funciones ejecutivas.

Por tanto, la SL esgrime que los apartados primero, segundo y cuarto del artículo 217 LSC solo se aplican a los administradores que no tengan funciones ejecutivas, no

¹⁷ Dicho utilizando en numerosas sentencias, entre otras: STSJ de Navarra, de 28 de septiembre de 2004; STSJ de Castilla La Mancha, de 18 de diciembre de 2001; STSJ de Aragón, de 12 de noviembre de 2001...

¹⁸ Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada

¹⁹ "El cargo de administrador será gratuito, a excepción del desempeño por el Consejero Delegado don C. B. H., el cual desempeñará funciones de dirección efectiva de la sociedad, que será remunerado, mediante la formalización de un contrato de trabajo y causando alta en la Seguridad Social. El importe de dicha retribución se acordará anualmente en junta general Ordinaria de Socios"

creyendo necesario ni la previsión estatutaria de la existencia de remuneración, ni el sistema retributivo concreto, ni su adecuación a las circunstancias coyunturales de la sociedad en cuanto a resultados y beneficios obtenidos.

La DGRN delimita en su resolución la interpretación que cabía antes de la reforma de 2014, derogada ya, y la posterior y vigente aplicación de la norma. Centrándonos en la segunda, con el fin de mantener este trabajo de análisis efectivo y actual, cabe resumir la doctrina en los párrafos siguientes.

Distingue entre las funciones inherentes al propio cargo de administrador y las funciones extrañas al mismo, y correlativamente el tratamiento que cada retribución recibe. Las primeras, de estar retribuidas, deben de estar previstas y concretadas en los estatutos sociales siempre. Esto es porque son las funciones deliberativas, las propias de estrategia y control. Las segundas, son las funciones de gestión ordinaria de la compañía. Competencias que se obtienen o bien por delegación del consejo de administración o bien por cualquiera otro título, como director general, por ejemplo. Por esto, entendiendo que son ajenas a la propia definición de administradores cuando estos se organizan en un órgano colegiado, deberán retribuirse mediante contrato acordado entre el sujeto con funciones ejecutivas y el pleno del consejo de administración, excluyendo aquel cuya retribución está siendo acordada.

Por tanto, la precisión de esta resolución introduce un nuevo elemento no analizado hasta ahora, la existencia o no de remuneración de los administradores, de todos, cualesquiera su clasificación, sí debe estar recogida en los estatutos sociales. Es la concreción del sistema de remuneración lo que de acuerdo con el artículo 249 apartado tercero de la LSC se recoge en el contrato aparte, para lo administradores con funciones ejecutivas.

Asimismo, la referencia a la junta general y la aprobación de la cuantía a retribuir no es sino una aplicación práctica de lo previsto en el artículo 249 apartado cuarto, cuando la norma establece que el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, de haberla, por la junta general de socios.

A mayores, es importante, no confundir la organización de los administradores en órgano complejo, de la organización simple, ya sea por administrador único o dos administradores solidarios o mancomunados. Estos segundos, ejercitan todas las funciones, tanto las deliberativas como las ejecutivas, pues no hay delegación alguna. Siendo, en estos

casos, necesario que la existencia de retribución y el sistema concreto se prevea en los estatutos sociales.

La principal línea de argumentación en la que se apoya esta tesis es la redacción literal del apartado segundo del artículo 217 de la LSC, cuando dice “administradores en su condición de tales”. Y la exigencia del artículo 249 apartado de la LSC, en el que se explicita que todos los conceptos en virtud de los cuales se pretenda percibir remuneración deberán estar detallados en el contrato entre la sociedad y el consejero delegado o director general.

Debido al fallo de la AP, el Registrador Mercantil recurre en casación ante la Sala Primera del TS. En virtud de la necesaria protección de los intereses de los socios y de la transparencia de la retribución de los administradores, la única tesis esgrimible es la acumulación de la regulación de los apartados tercero y cuarto del artículo 249 de la LSC sobre la regla general del artículo 217 de la LSC.

El TS, disiente de la postura adoptada por la AP y la DGRN. Y antes de elaborar su propia conclusión recuerda conceptos varios, reseñables para entender el alcance de los nuevos matices introducidos.

Hay que recordar que el CC prevé sistemas de interpretación de la legislación varios, entre los cuales, la literalidad de las palabras es uno de ellos, pero no agota las posibilidades reguladas en el artículo tercero. Asimismo, el poder judicial debe resolver los conflictos existentes aplicando el derecho que ha sido consagrado en la norma, no la voluntad de aquello que se quería plasmar.

De este modo, el TS no asume una postura excluyente en la que o bien sea de aplicación el artículo 217 o bien el artículo 249 de la LSC. Es decir, no cree que la retribución de los administradores con funciones ejecutivas esté exenta de reserva estatutaria y de aprobación anual por la junta general.

El artículo 217 de la LSC se refiere en su conjunto a la retribución de los administradores, y su primer precepto, como ya se ha estudiado no distingue entre clases, por lo que la obligación de declarar el carácter oneroso de los administradores y de su sistema de remuneración no está exenta para los administradores con funciones ejecutivas.

Es más, la alegación de que “administradores en su condición de tales” equivalga a los administradores que no desarrollan funciones ejecutivas, a su parecer, es infundada pues la propia LSC unos cuantos artículos antes, en el precepto 209, describe las facultades de

los administradores entre las cuales se encuentran las deliberativas, representativas y ejecutivas²⁰.

Por tanto, esgrime que la referencia legal implica que las actuaciones por las que van a ser remunerados los administradores no son otras que las inherentes a su cargo.

Reconoce que podría ser más enredado de entender los supuestos en los que el órgano de administración se estructura de forma compleja. Si bien, hace referencia al aforismo latino *Nemo dat quod non habet* para esclarecer cualquier confusión. Los administradores que delegan determinadas funciones en otros pueden llevar a cabo este acto de disposición temporal, porque precisamente estas son inherentes al cargo, nadie puede dar lo que no tiene.

Asimilar las funciones indelegables a las funciones propias de los administradores, es errar.

De este modo, “administrador en su condición de tal”, no es más que decir, administrador en el ejercicio de su cargo, sin entrar a distinguir que funciones ostente.

Por otro lado, no estima coherente que se considere que esa referencia solo vincula a los administradores con funciones deliberativas, cuando de los sistemas de retribución propuestos en apartado 2 del artículo 217 de la LSC, gran parte de ellos se refieren a las remuneraciones que suelen percibir los consejeros delegados. Entre otros, la remuneración en acciones, sistemas de ahorro, indemnizaciones por cese, participación en beneficios o retribución variable.

De hecho, la Recomendación número 3177 de la Comisión Europea relativa a las sociedades de capital cotizadas, considera que la percepción de remuneración en acciones solo es acertada para los consejeros delegados. Por analogía cabría esgrimir el mismo argumento para las sociedades no cotizadas.

A mayores, el artículo 249 bis i de la LSC fija la obligación de establecer la remuneración de los consejeros en los estatutos sociales, al hacer referencia al marco estatutario.

Con el fin de reforzar su postura, el TS explica que los artículos 218 y 219 de la LSC no son sino desarrollos de los sistemas previstos en el apartado segundo del artículo 217 de la LSC, por lo que, en aras a la coherencia, si la regla general no se entiende

²⁰ (STS 494/2018 de 26 de febrero)

aplicable a los administradores con funciones ejecutivas, los preceptos que desarrollan tal regla tampoco debieran.

Lógica que a priori no siguen ni la AP ni la DGRN, pues estos entienden que las concreciones de los sistemas retributivos sí son aplicables a los consejeros delegados.

Asimismo, la potestad del consejo de administración, atribuida en el artículo 217 apartado tercero de la LSC, para distribuir la retribución máxima, anual y conjunta de todos los administradores “en atención a sus funciones y responsabilidades”, carecería de justificación si únicamente se está regulando la remuneración de los administradores con funciones deliberativas, porque los que ostentan funciones ejecutivas están regulados en el artículo 249 de la LSC. Más allá de la presidencia del consejo, que no es una entidad suficientemente relevante como para justificar este precepto, no habría distinción que razonara la distribución desigual, en caso de haberla.

Sin embargo, si el precepto en su conjunto fuera de aplicación tanto a administradores con funciones ejecutivas como a administradores con funciones deliberativas, sería patente a que funciones y responsabilidades se está refiriendo la regulación.

De este modo, el TS entiende que una vez repartida la cuantía total a percibir por todos los administradores, será cuando se establezcan los términos del contrato, a fin de desarrollar los motivos que han llevado ese reparto desigual. Por tanto, todas las retribuciones, incluidas las de aquellos administradores con funciones ejecutivas deberán sumar la cuantía total anual aprobada por la junta general de socios.

La fijación de la retribución de los administradores ejecutivos requeriría de: previsión estatutaria, aprobación por la junta general, distribución por el consejo de administración, determinación en el contrato y unión al acta de la sesión.

Además, los criterios previstos legalmente en el último párrafo del artículo 217 de la LSC, carecerían de aplicación práctica efectiva, pues son los consejeros delegados los que perciben, por lo general, mayor remuneración. Y de poco serviría que se vincularan las remuneraciones de los no ejecutivos, si el grosso del desembolso económico no es coherente a la situación de la empresa en cada momento.

En definitiva, el TS aboga por una interpretación integradora del artículo 217 y siguientes, no aceptando que la referencia de “administradores en su condición de tales” suponga eximir de aplicación este artículo a los administradores con funciones más allá de la representación y deliberación.

La postura mantenida por la AP, a ojos del TS, supone reducir significativamente el papel de decisión y control de la junta general de socios; y obstaculizar las exigencias de transparencia en esta materia sensible.

Consecuencias totalmente opuestas a los fines perseguidos por la ley 31/2014, que reforma la LSC, ya que el preámbulo de esta expone la vital importancia de la transparencia de los órganos de gobierno de las sociedades y la necesidad de reforzar las posibilidades de acción de la junta general. Es más, relaciona las crisis financieras con la falta de transparencia y la dificultad existente para imputar responsabilidades.

En el sexto apartado establece que la primera acción que se ha de tomar para paliar esta situación, y cito textualmente, es la reserva estatutaria “del sistema de retribución de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas”²¹.

El TS interpreta que cuando se concreta la especial referencia al régimen retributivo de los que desempeñan funciones ejecutivas, se articula de modo cumulativo, no excluyente. Por lo que, la reserva estatutaria afecta a todos los administradores.

Las exigencias del preámbulo, y de la reforma en sí, de aumentar la transparencia y el control y protección de los socios, adecuando el régimen retributivo a la evolución efectiva de la empresa y a sus intereses; no se puede conseguir únicamente a través de las herramientas del apartado cuarto del artículo 249 de la LSC, relativo al contrato entre la sociedad y el consejero delegado, y al artículo 249 bis i de la LSC relativo a la política de retribuciones. Ni aun sumando las previsiones referentes a la junta general en la LSC en los artículos 160 a 162, pues son referencias genéricas.

Así, el TS afirma que se han establecido tres niveles en la reforma de 2014:

Un primer nivel son los estatutos sociales en los cuales, de no configurarse como un cargo gratuito, de acuerdo con la previsión legal deberá determinar qué sistema de retribución van a percibir los administradores, y en virtud de que concepto o conceptos van a ser pagados.

Un segundo nivel consiste en el acuerdo de la junta general de socios respecto al importe máximo anual y conjunto de todos los administradores. A mayores, podrá establecer una política de remuneraciones e instruir instrucciones al órgano de administración o autorizar de manera preceptiva acuerdos en materia retributiva generales o

²¹ Preámbulo ley 31/2014 de 3 de diciembre.

específicos tales como el límite máximo a la participación de los administradores en los beneficios de la sociedad o la entrega de acciones u opciones sobre acciones.

Un tercer nivel en el que toman parte los protagonistas de la polémica, los administradores. Estos tienen la facultad de distribuir la cantidad máxima anual global aprobada por la junta general entre los administradores en función de las responsabilidades y tareas de cada uno.

Por otro lado, las funciones del contrato de trabajo entre la sociedad y el consejero delegado o ejecutivo son varias: concretar los conceptos por los que van a percibir remuneración los administradores con funciones ejecutivas; recoger el nombramiento y aceptación del cargo; y vincular tal aceptación a los conceptos determinados. Por tanto, este negocio jurídico bilateral completa la previsión estatutaria.

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS falla estimando el recurso de casación interpuesto por Don Arsenio, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por AS-3 S.L., al entender que los artículos 217 y 249 son de aplicación cumulativa para los consejeros delegados y los administradores con funciones ejecutivas, como resultado de una interpretación sistemática de los artículos 217, 218, 219 y 249 de la LSC. Si bien, matiza, explicando que en estos supuestos se deberá flexibilizar la reserva estatutaria, no siendo posible una aplicación tan rigurosa como en los supuestos de fijación de la retribución de administradores que no tengan tal condición de consejeros delegados ni funciones ejecutivas.

Es decir, siendo preceptiva la previsión estatutaria del sistema retributivo de los consejeros delegados y los administradores con funciones ejecutivas, se reconoce cierta autonomía al consejo de administración a la hora de concretar los conceptos previstos en los estatutos sociales. Con el fin de poder adecuar a cada momento las exigencias de la sociedad y de la economía en su conjunto, la cuantía a percibir por estos, y prevenir que la fijación del sistema retributivo en los estatutos sociales pueda perjudicar a los socios, exigiéndoles un desembolso excesivo en momentos de necesidad, por ejemplo.

9. EFECTOS PRÁCTICOS TRANSVERSALES DE LA STS DEL 26 DE FEBRERO DE 2018:

Brevemente cabe analizar que posibles efectos prácticos va a tener esta sentencia en el ámbito societario y en el ámbito fiscal grosso modo, aunque deberán analizarse caso a caso.

Desde el punto de vista societario, las empresas tendrán que revisar sus estatutos sociales a fin de ajustarlos a las nuevas exigencias: todas las retribuciones de los administradores y consejeros delegados y administradores con funciones ejecutivas tendrán que constar en los estatutos sociales y respetar el límite cuantitativo anual global aprobado por la junta general.

Más concretamente, las previsiones estatutarias relativas a la participación en beneficios o remuneración en acciones, es decir, sistemas retributivos relacionados con el capital social de la sociedad no cotizada, requerirán de actualización.

Incluso cabría plantearse que los socios reclamaran la restitución de las remuneraciones percibidas por los administradores, desde la reforma de 2014, que no cumplieran estos extremos. En este supuesto más problemático, habría que valorar que prevalece si el principio del enriquecimiento sin causa esgrimido por los socios o el principio de confianza legítima en los registradores que permitieron la regularización sin previsión estatutaria de acuerdo con las coetáneas RDGRN alegado por los administradores que hubieran percibido tales remuneraciones.

Desde el punto de vista fiscal, paralelamente a la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, se deroga la anterior LIS por la Ley 27/2014, en la cual se clarifica que las retribuciones abonadas a los administradores con independencia de las funciones que realicen serán deducibles. Si bien, sigue cabiendo duda sobre si la previsión estatutaria y el límite máximo anual global aprobado por la junta general son requisitos indispensables o no para que sea gasto deducible.

Hay dos posturas opuestas, según se esgrima el artículo 15 de la LIS en su letra e) o en su letra f). La primera hace referencia al contrato existente entre al administrador y la sociedad e incluso menciona a la alta dirección, por lo que se puede entender que está aclarando que independientemente de previsión estatutaria o no, será deducible. La segunda establece que no se deducirá aquellas actuaciones que sean contrarias al OJ, entendiendo, por tanto, que de no cumplir la previsión legal del artículo 217 de la LSC, no

se podrá deducir. La misma argumentación se esgrime a favor de la inclusión de la cuantía dentro del límite máximo de la junta general o no.

Por tanto, en la primera postura no habría efecto fiscal alguno, pero en la segunda sí, y de entidad relevante, pues las retribuciones que, por lo general, perciben los administradores, y más, los consejeros delegados son de elevada cuantía.

En una resolución del 4 de abril de 2016 la Dirección General de Tributos explicó que la letra f) se refería a supuestos de soborno o hechos ilícitos que no supusieran meros defectos formales subsanables. Esto parece orientar la balanza más a favor de la primera postura.

No obstante, de nuevo se podría esgrimir el principio de confianza legítima en el legislador. Aunque en materia de inspecciones, la realidad tiende a ser concluyente, y las desavenencias se aprovechan.

10. RDGRNS POSTERIORES:

10.1. La resolución de 31 de octubre de 2018:

Cabe detenerse a analizar esta resolución en profundidad, pues es posterior a la única sentencia dictada por la Sala I del TS desde la reforma de 2014. El artículo objeto de calificación registral negativa es de considerable extensión, por lo que regula diversos aspectos relacionados con los administradores: la duración del cargo, el sistema de elección y reelección, la distribución de la remuneración, el sistema retributivo de los administradores en su condición de tales o seguros de responsabilidad civil, entre otros.

Respecto a los administradores en su condición de tales, se establece que cobrarán en concepto de dietas de asistencia a las sesiones del consejo y, una indemnización por extinción del contrato de trabajo, siempre que no fuera consecuencia de una infracción de las competencias del administrador o por su muerte. A mayores, e independientemente de ambos sistemas de retribución, se abonarán los gastos a los que hagan frente, siempre que estén debidamente justificados y sean causa de su actividad como administrador de la sociedad.

Esta retribución estará sometida, en su conjunto, al límite máximo anual aprobado por la junta general en cada ejercicio, y será el consejo de administración quien distribuya, también anualmente estas cantidades.

Respecto a los consejeros con funciones ejecutivas y/o profesionales, podrán cobrar retribuciones adicionales a las ya vistas correspondientes a sus funciones ejecutivas. Estas estarán detalladas y descritas atendiendo a las distintas partidas en el contrato acordado entre el consejo de administración y este particular. Contrato que requerirá el voto favorable de dos tercios de los miembros del consejo de administración excluyendo al interesado con el fin de evitar conflictos de interés, y se adjuntará al acta de la sesión en que se apruebe.

Finalmente se establece que, de haberse organizado el órgano de administración de modo complejo, y haber constituido un consejo de administración, aquel que ostente el estatus de consejero independiente recibirá la retribución fija que se decida anualmente por la junta general.

Se rechaza parcialmente la inscripción por parte de la registradora por falta de determinación suficiente de los sistemas retributivos de los consejeros con funciones ejecutivas. Esta entiende que el artículo 217 de la LSC sí abarca a estos consejeros, de modo que la reserva estatutaria debe aplicarse.

El recurrente alega la tesis dual, desmontando la teoría unitaria del sistema retributivo de los administradores. Para ello, desarrolla y critica una serie de conceptos diversos, partiendo de la famosa doctrina del vínculo cuya aplicación sustantiva afirma la teoría unitaria retributiva pues el vínculo mercantil absorbe el vínculo contractual, siendo de aplicación el artículo 217 de la LSC.

Esta doctrina surgió en el orden social, pero ha sido usada y ratificada por el orden civil e incluso tributario, consolidándose a lo largo de los años hasta la reforma de 2014, en la que se pone en cuarentena. Con las RDGRN de los años 2015 y 2016 se abandonó de manera mayoritaria, pero gracias a sentencia del TS objeto del estudio podría interpretarse que vuelve a estar vigente.

El abandono tuvo como causa la redacción del artículo 249 de la LSC, al interpretar que regular específicamente el contrato de la sociedad con el consejero delegado contradecía por sí mismo la idea de que el vínculo contractual fuera asimilado por el mercantil.

Con el fin de contraargumentar la sentencia del TS desarrolla su exposición de manera sistematizada en cinco bloques entorno a los criterios interpretativos comunes: histórico, gramatical, sistemático, lógico y teleológico; de manera clara y contundente, en la que abiertamente demuestra su disconformidad.

Respecto al criterio histórico, se esgrime que la Ley 31/2014 es el resultado de un Informe elaborado por una Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, ya que el Consejo de Ministros lo aprueba casi en su totalidad por Acuerdo del 10 de mayo de 2013. En este Informe, se observa, a su parecer de manera indiscutible, la intención de elaborar dos regímenes distintos para los administradores en su condición de tales y para los administradores con funciones ejecutivas. En él, se considera que debiera ser competencia del consejo de administración decidir la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas, pero en aras de evitar los posibles conflictos de intereses se prevé una regulación específica con cautelas tales como la necesidad de mayoría reforzada de dos tercios, la abstención de los interesados y la posibilidad de circunscripción a la política retributiva elaborada por la junta general, en caso de que hubiera, no siendo esta preceptiva. No constando mención a los estatutos sociales.

De este modo, en virtud del principio *mens legislatoris*, se ha de estar a lo que el legislador ha expresado de manera fáctica. Y en este caso, cobra especial importancia el material prelegislativo al ser reproducido mayoritariamente.

La referencia del TS al preámbulo de la Ley 31/2014 en cuanto a los objetivos a conseguir, concretamente incrementar el papel de la junta general, debe ignorarse al contener en él, el error de referirse a todas las sociedades de capital, cuando evidentemente se excluyen las cotizadas. Error, que, por tanto, inhabilita la aplicación de la tesis unitaria retributiva como consecuencia de tal exposición de motivos.

El criterio gramatical se centra en el uso de la terminología “en su condición de tales” del apartado segundo del artículo 217 de la LSC, para distinguir entre los consejeros que no tienen funciones ejecutivas y los que sí, reconociendo por tanto una distinción de regímenes a aplicar.

Critica que el TS vacía de contenido esta expresión al no reconocerle su verdadero fin, usándolo como locución equivalente a administrador.

Asimismo, interpreta que la distinción establecida por el legislador para las sociedades cotizadas es de aplicación analógica a las no cotizadas, Es decir, que es trasladable la diferencia del artículo 529 septedecies de la LSC denominado *remuneración de los consejeros por su condición de tal* y el artículo 529 octodecies de la LSC denominado *remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas*. Y, por ende, cuando dice en el 217 en “su condición de tal” lo que hace es excluir a aquellos con funciones ejecutivas.

Respecto al criterio sistemático, acude a la denominación de los capítulos que engloban los distintos preceptos en juego; el artículo 217 de la LSC se recoge en el Capítulo II del título VI en el epígrafe “los administradores”, mientras que el artículo 249 de la LSC se regula en el Capítulo VI denominado “el consejo de administración”.

Así, por aplicación del principio de especialidad, la previsión especial referida al consejo de administración derogaría la regla general de los administradores.

Personalmente, considero que este argumento es un arma de doble filo, pues reconocer el carácter general del artículo 217 de la LSC puede esgrimirse a favor de la tesis unitaria.

A mayores, ataca la argumentación del TS cuando este expone que gran parte de los sistemas retributivos previstos a título ejemplificativo en el apartado segundo del artículo 217 de la LSC son propios de administradores con funciones ejecutivas, y, por ende, no tendría sentido que no se aplicara a estos. El recurrente alega que, si bien es cierto que son propios de estos, también son aplicables a la estructura organizativa simple, es decir, al administrador único, solidario o mancomunado, desvirtuando el argumento del TS.

Por último, defiende que cuando el apartado cuarto del artículo 217 de la LSC, establece que el consejo de administración repartirá la cuantía máxima anual global aprobada por la junta general entre los administradores en atención a sus funciones y responsabilidades, a lo que verdaderamente se está refiriendo es a los cargos de presidencia, vicepresidencia, secretaria...etc.

Respecto al criterio lógico, esgrime que la exigencia de cumplir los requisitos de los preceptos 217 y 249 de la LSC, hace un tanto repetitivo el procedimiento a seguir, pues no entiende por qué si se aplica la reserva estatutaria, se requeriría a mayores un contrato, o por qué sí ya ha sido aprobado por la junta general, tiene el consejo de administración que actuar de manera residual. A su entender, supondría un régimen mucho más exigente el de las cotizadas que el de las no cotizadas, cuestión complicada de argumentar.

Además, considera que el órgano que elige en quien delegará sus funciones, sea el que determine completamente la retribución a percibir, en virtud de su autonomía organizativa y su capacidad de negociación.

En cuanto al criterio teleológico, el TS defiende la tesis dualista porque considera que es la más protectora respecto a los socios y, sobre todo, los minoritarios. Si bien, desde el punto de vista del recurrente se estima que cuando los socios de una sociedad deciden que aquellos que van a gestionar y representar la sociedad lo hagan en forma de consejo de

administración es porque así se entiende que atenderá mejor sus intereses. Además, considera que hay otros instrumentos regulados en la LSC que los socios pueden usar a su favor para defenderse.

Por otro lado, la DGRN estima el recurso, lo cual a priori podría complicar más aún el tema sujeto a debate, pues la pretensión del recurrente desvirtúa lo dictaminado por el TS en la sentencia de 26 de febrero de 2018.

En los fundamentos jurídicos se remite parcialmente a varias resoluciones analizadas ya en este trabajo: la del 30 de julio de 2015, que dictamina que es el contrato entre sociedad y administrador con funciones ejecutivas el que tiene que recoger todos los conceptos en virtud de los cuales va a recibir remuneración; la del 17 de junio de 2016, que detalla la necesaria diferenciación entre las funciones inherentes al cargo de administrador y las funciones extrañas a su condición de tal; y en general, a su propia doctrina mantenida desde la reforma de 2014.

No obstante, no acoge la argumentación del recurrente en toda su extensión, sino que flexibiliza en gran parte su propia doctrina. Esto se observa en varios argumentos, por ejemplo, el referido a la reserva estatutaria. Se reconoce un cierto margen de autonomía al consejo de administración dentro del límite máximo anual global aprobado por la junta general a la vez que se exige la previsión estatutaria de la retribución de los administradores con funciones ejecutivas y la concreción respectiva en el contrato con la sociedad.

De este modo, aun estimando la pretensión del recurrente la orientación es similar a la de la STS de 26 de febrero de 2018, en la que se defiende la flexibilización de los requisitos de reserva estatutaria.

La DGRN para elaborar su argumentación compara las cláusulas estatutarias que provocan la sentencia del TS y la propia resolución. Idea, a mi parecer, ciertamente acertada, pues tanto los conflictos judiciales como los extrajudiciales solo pueden ser resueltos en atención al principio de congruencia, es decir, el tono o la rigidez de la estimación o desestimación depende principalmente de los extremos esgrimidos en el *petitum*. De este modo, mientras que en el primer texto se niega expresamente la reserva estatutaria del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos y toda competencia de la junta general para delimitar los extremos, en el segundo texto no se hace mención a ninguno de estos aspectos.

Por ello, la DGRN entiende que la registradora ha rechazado la inscripción de esa cláusula en aras a evitar que potencialmente la sociedad incumpliera la sentencia del TS de

26 de febrero de 2018. Actitud que si bien loable, no está justificada, al no haber indicios que confirmen esa pretensión ilegal.

Algunos estudiosos de la doctrina observan en esta RDGRN una postura más comedida y menos crítica. Entienden que la articulación de la cláusula estatutaria en cuestión se centra, en mayor medida, en delimitar y describir el espacio de actuación del contrato como remuneración adicional de los administradores con funciones ejecutivas respecto a los administradores con funciones deliberativas.

De modo que si efectivamente se rechazara la inscripción de parte de la cláusula se estaría vulnerado el principio de reserva estatutaria, pues se eliminarían los aspectos que permiten concretar la remuneración de los consejeros ejecutivos.

Y por ello, defienden que no hay contradicción entre la resolución y la sentencia, sino que la esencia del fallo del TS se estaría respetando. Aplicando en el caso controvertido, en cuanto al principio de reserva estatutaria la flexibilidad necesaria respecto este tipo de consejeros. Todo ello en aras de alcanzar a partir de este dictamen un contexto certero y estable respecto al régimen retributivo de los administradores.

Por otro lado, incluso esta parte de la doctrina reconoce que no cabe negar la realidad, y es que esta resolución no entra a dirimir el fondo del asunto, no es clara en cuanto a su postura respecto a la reserva estatutaria del sistema retributivo de los administradores ejecutivos, ni sobre la aplicación del artículo 217 en sus cuatro apartados ni sobre la posibilidad de que el contrato incluya conceptos retributivos no previstos en los estatutos sociales. En gran medida aprovecha la ambigüedad coyuntural para permitir mayor inseguridad jurídica.

10.2. RDGRN de 8 noviembre de 2018:

Posteriormente, la DGRN ha resuelto otras resoluciones que a efectos didácticos conviene mencionar y explicar sucintamente, pero que no giran en torno al debate principal de este trabajo. Concretamente cabe aludir a la resolución de 8 de noviembre de 2018, en la que se determina que la existencia de un contrato entre la susodicha sociedad y el consejero delegado no supone la preceptiva remuneración del cargo. Es decir, que puede nombrarse consejero delegado a alguien sin que por ello perciba obligatoriamente remuneración.

Esto es debido a que la obligatoriedad del contrato no se agota en la determinación del sistema retributivo, sino que, además, tiene un contenido propio que satisfacer tal como

detallar las obligaciones del cargo, las consecuencias de la extinción de este, los modos de terminarlo...etc.

En el caso concreto, los estatutos sociales recogían la previsión de gratuidad del cargo de administrador, pero en el contrato entre la sociedad y el consejero delegado no había mención alguna a su retribución, lo cual conduce al registrador a rechazar la solicitud de inscripción del nombramiento del consejero delegado. Este deniega la inscripción al entender contradictoria la previsión de gratuidad y la falta de mención de retribución en el contrato, por entender que parte del contenido esencial de ese contrato es concretar el sistema retributivo del consejero delegado.

A mayores se critica la falta de competencia del registrador para cuestionar el contenido del contrato del consejero delegado al no ser este objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

10.3. Efectos prácticos de estas RDGRNs:

Las cláusulas estatutarias que pretendan obtener una calificación positiva del registrador no deben incorporar referencia expresa que niegue la facultad de la junta general para determinar el límite máximo global anual de retribuciones a percibir por todos los administradores, ni excluir directamente la reserva estatutaria. Pues de no rechazar ambas cuestiones abiertamente, no hay base legal que acredite a efectos de la DGRN que no se van a cumplir ambos requisitos.

Por otro lado, la reproducción casi literal de la LSC en cuanto a la regulación del contrato del consejero con funciones ejecutivas y la sociedad, se considera que satisface suficientemente el principio de determinación. Y respecto al contrato, que la existencia de este no rompe la presunción iuris tantum de gratuidad del cargo del artículo 217 de la LSC.

Con todo, ambas resoluciones denotan una tendencia favorable a la flexibilización de los requisitos legales. Y ciertos aspectos sí quedan claros: el contrato será el medio válido para concretar los conceptos retributivos por los que vaya a ser retribuido el consejero con funciones ejecutivas; que de ser efectivamente exigible la reserva estatutaria a estos, el alcance de la determinación del sistema retributivo es mucho menor respecto a la regla general, pues bastará que se establezca de un modo más o menos genérico.

11. REACCIONES DOCTRINALES:

Son muchas y muy variadas las posturas doctrinales de los entendidos en la materia, a fin de sistematizarlas las he recogido en tres grandes bloques dentro de los cuales hay quienes discrepan o matizan aspectos de estas, por lo que no todos los incluidos apoyan completamente la misma tesis o de hacerlo, no lo hacen en virtud de los mismos argumentos.

11.1. Postura intermedia:

Algunos académicos, como QUIJANO GONZÁLEZ²², consideran que el artículo 217 de la LSC debe ser aplicado en su conjunto a todos los administradores para garantizar los objetivos de la reforma de 2014, a saber, favorecer la transparencia del órgano de dirección de las sociedades y fomentar el papel decisivo y de control de los socios, sobre todo de los minoritarios.

De este modo, solo serán lícitos los estatutos sociales que, de ser el cargo de administración retribuido, así lo contengan. Determinando el sistema de retribución y el concepto o conceptos en virtud de los cuales va a percibir cada uno de los administradores su remuneración, incluyendo a aquellos con funciones ejecutivas. Por lo que cabe, que los administradores que no ostentan funciones ejecutivas sean remunerados por unos conceptos distintos por lo que se va a retribuir a los que sí gozan de funciones ejecutivas, siempre que ambos sistemas retributivos diferenciados se describan en los estatutos sociales.

De no ser retribuido el cargo de administrador, se podrá acordar estatutariamente retribución exclusiva para los que desempeñen funciones ejecutivas. Pero, no se podrá acatar la presunción de gratuidad *iuris tantum* para todos, y en el contrato con los administradores con funciones ejecutivas pactar algo distinto que no tenga previsión estatutaria.

Respecto a la junta general, estos, consideran que la cuantía máxima global anual a percibir por los administradores aprobada por los socios en junta general engloba todas las posibles percepciones retributivas de los administradores independientemente de sus funciones o su clasificación. De este modo, la remuneración de un consejero delegado deberá incluirse en ese límite máximo anual global.

²² QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2019): "Un paso más en el tortuoso camino de la retribución de consejeros: a propósito de la RDGRN de 31 de octubre de 2018", *Revista de Derecho Bancario y bursátil* número 154.

Con todo, estos académicos estiman que estos requisitos deben flexibilizarse para adaptarse a la figura del consejero con funciones ejecutivas. Así, será admisible que, excepcionalmente y siempre que medie ratificación de la junta general, aunque sea a posteriori, se remunere a los administradores con funciones ejecutivas fuera de la previsión máxima aprobada. Para ello, deberá mediar causa justificada o que su propia naturaleza lo exija.

Y respecto al alcance de la reserva estatutaria de los administradores con funciones ejecutivas, también cabe matización, pues consideran razonable que estos determinen mínimamente su sistema retributivo, ya que se va a completar obligatoriamente en el contrato con la sociedad. Por ejemplo, mientras que la retribución de los administradores con funciones deliberativas deberá determinarse con fórmulas similares a “consistirá en”, la de los administradores con funciones ejecutivas será suficientemente determinada cuando disponga expresiones análogas a “podrá consistir en”²³. Obviamente serán válidos los estatutos que superen esta exigencia mínima.

Esta flexibilidad, a su entender, es clave en supuestos tales como el sistema de retribución variable en función de índices generales de referencia relacionados con la evolución de los resultados de la sociedad. En los estatutos sociales se mencionaría la existencia de esos parámetros y en el contrato con la sociedad se especificaría cuáles son. Esta misma técnica también sería muy útil en las indemnizaciones por cese o en los sistemas de ahorro.

Otra técnica flexibilizadora, permitiría, por ejemplo, la previsión estatutaria de sistemas alternativos en los que en los Estatutos sociales se enumeraran y describieran mínimamente, y en cada contrato con consejeros ejecutivos se optara por uno de ellos y se complementara la descripción de este en profundidad.

Esta tesis trata de modelar la rigidez de los preceptos legales de aplicación, para que estos sean compatibles con las necesidades y circunstancias cambiantes de las sociedades. En sus propias palabras: *“es posible una posición en buena medida intermedia, que combine la transparencia con un grado razonable de decisión interna, y el rigor de la reserva estatutaria con un grado razonable de flexibilidad contractual”*²⁴.

²³ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Un paso más...” op. cit.

²⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Un paso más...” op. cit.

Otra representante de esta postura es IRÁCULIS ARREGUI²⁵. Esta entiende que una interpretación finalista de la normativa legal aplicable permite flexibilizar el alcance del principio de determinación sobre el sistema retributivo del consejero ejecutivo, sin perjuicio de que siga siendo necesaria su previsión estatutaria. Es decir, que reconoce la validez del contrato celebrado con la sociedad como documento en el que concretar tal retribución, bastando una previsión estatutaria más sucinta que para el resto de los administradores, en aras a compatibilizar las exigencias de transparencia legítimas de los socios, y mayores competencias del consejo de administración en materia de consejeros ejecutivos.

Para llegar a esta conclusión, esgrime diversos argumentos, siendo el primero, que no puede defenderse un régimen retributivo alternativo en su máximo extremo con la única base jurídica de la expresión “en su condición de tales”. Y de igual modo, la tesis de régimen retributivo unitario no se ajusta a las necesarias especialidades de los consejeros ejecutivos. Así, concibe como única solución viable, una interpretación intermedia, a medio camino de la tesis unitaria y la dualitaria. Interpretación que solo se entiende desde una perspectiva finalista, en atención a lo que se pretendía obtener por el legislador al reformar la materia en 2014.

Centrando más el tema en cuestión, entiende que es cierto que el apartado segundo del artículo 217 de la LSC, en cuanto a la terminología usada, excluye su aplicación sobre los consejeros ejecutivos. Las funciones inherentes, a su entender, son las deliberativas y las de supervisión, no las ejecutivas. Si bien, el primer apartado de ese mismo precepto establece la presunción general de gratuidad salvo disposición contraria en los estatutos sociales y aquí no se hace distinción sobre a qué administradores afecta, por lo que entiende que es a todos. De este modo, de ser el cargo de consejero ejecutivo retribuido sí deberá preverse en los estatutos sociales, pero se exime que esta previsión incluya los conceptos retributivos en virtud de los cuales se va a retribuir dejando el margen de decisión de estos al consejo de administración por aplicación del artículo 249 de la LSC.

De este modo, una cláusula estatutaria que recogiera algo similar a “el cargo de consejero con funciones ejecutivas será retribuido” satisfaría las exigencias normativas.

¿Pero y respecto a la delimitación de qué concreto sistema retributivo se aplicaría? ¿Qué opinión produciría una cláusula cuya redacción incluyera el carácter oneroso del cargo y además concretara que el sistema retributivo constituirá una retribución fija? ¿Se

²⁵ IRÁCULIS ARREGUI, N. (2019): “La remuneración del consejo ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho Mercantil número 311 Enero-Marzo 2019*, págs.: RR-7.1-RR-7.12

estaría yendo más allá de la exigencia estatutaria o satisfaciéndola suficientemente al no entrar a dirimir que conceptos concretos determinarán la retribución?

Estas cuestiones no aparecen desarrollarlas a priori, por lo que darían lugar a un nuevo debate doctrinal, que si bien, avanzado en ciertos aspectos, todavía no estable. Ya que parte de la doctrina asimila sistema retributivo a conceptos remunerativos, pero otra parte los concibe como nociones distintas.

A mayores, critica la obra del legislador, al haber delimitado dos regímenes retributivos tan bien diferenciados en las sociedades cotizadas y en las no cotizadas no haber plasmado sus intenciones con la misma nitidez.

Tomando una perspectiva proactiva, la defensora de esta postura no se limita solo a describir su inclinación y a argumentarlo, sino que además realiza un estudio de viabilidad del régimen que plantea y de los posibles desencuentros respecto a la tutela de los socios y la transparencia perseguida por la reforma de 2014 tanto para su postura como las extremas en ambos lados del espectro.

- Respecto a la tesis dualista, excluyente de la reserva estatutaria y defensora absoluta de la completa autonomía del consejo de administración. Supone un menoscabo de las garantías de tutela previstas por el legislador respecto de las sociedades cotizadas, sin que aparentemente, medie justa causa. Se pierde la protección *ex ante* de los socios y principalmente de los minoritarios al no incluirse en la retribución en los estatutos sociales y no ser esto público al inscribir tales documentos en el Registro Mercantil.
- Respecto a la tesis unitaria, defensora de la aplicación cumulativa de los preceptos 217 y 249 de la LSC. En su afán de defender que todo concepto retributivo de la remuneración de los consejeros con funciones ejecutivas debe estar previamente previsto en los estatutos sociales para que el contrato entre la sociedad y esta clase de consejeros sea lícito, se hace necesario profundizar hasta que punto estas exigencias protegen al socio. Sin lugar a duda, en caso de que los consejeros quisieran modificar el sistema retributivo sería necesario someter tal decisión al procedimiento de modificación de los estatutos sociales, proceso cuanto menos exigente y riguroso, además de costoso.

De este modo, se viene a decir que de los medios de publicidad existentes regulados en la ley: los estatutos sociales, la memoria y el contrato entre la sociedad y el consejero con funciones ejecutivas; el deseable sería el primero por suponer

mayores garantías. Si bien, parte de la motivación subyacente a la reforma de 2014 queda vacía de significado, pues no se estaría aplicando ninguna especialidad respecto a los consejeros ejecutivos, deviniendo el artículo 249 de la LSC en papel mojado, al reducirse a un mero formalismo a cumplir que sólo aumentaría la burocracia.

- Respecto su propia postura, defensora de una tesis integradora de ambos regímenes retributivos (217 y 249 de la LSC), en el que la flexibilidad consiste en reconocer la imperatividad de la reserva estatutaria del sistema retributivo, dejando margen de determinación respecto del concepto o conceptos retributivos a los consejeros para que estos los delimiten en el contrato entre la sociedad y ellos. Salvaría el error de la anterior tesis, pues reconocería especialidad respecto de los consejeros ejecutivos, tal y como se pretendía con la reforma.

Para determinar la viabilidad de esta postura, compara la protección y transparencia que se predica respecto a las sociedades cotizadas. Tras ello concluye, que esta postura integradora a medio camino permite que en las sociedades no cotizadas los socios gocen de protección respecto a remuneraciones excesivas o abusivas al exigir que la junta general apruebe por votación mayoritaria la cuantía máxima global anual a percibir por los administradores anualmente, protección *ex ante*. Si bien, se pierde la protección frente a remuneraciones extraestatutarias al reconocer flexibilidad a los consejeros ejecutivos a la hora de determinar el alcance de la reserva estatutaria. Se estaría en un hipotético balance, en el que la retribución máxima global anual fijada actuaría como tope máximo, ignorando de este modo, la terminología de en su condición de tales, y aplicando este límite máximo a todos los administradores, incluyendo también los consejeros con funciones ejecutivas. Entiende que este es el único modo de garantizar un sistema de protección, adecuado a los intereses en juego, dejando al margen el principio de transparencia, que, en sociedades cotizadas en inevitablemente mayor, al preverse mecanismos suficientes.

Siguiendo esta argumentación, deviene necesario interpretar que el otro argumento clave que distingue unas tesis de otras, la aprobación de la junta general de socios de la cantidad máxima anual global a percibir por los administradores, abarque a todos los administradores independientemente de sus funciones. Esto se debe a que es el único

modo de compensar a los socios por la pérdida de protección que implica flexibilizar las exigencias del principio de reserva estatutaria y dotar de mayor autonomía al contrato entre la sociedad y el consejero con funciones ejecutivas.

Esta exigencia la vincula con el principio de proporcionalidad recogido en el propio apartado cuarto del artículo 217 de la LSC en cuanto a control judicial *ex post* y con la adecuación a la política de retribuciones de carácter facultativo en cuanto a control *ex ante*.

Asimismo, la competencia para ejercitar este control *ex ante* limitativo de la retribución a percibir por todos los administradores corresponde, a su entender, al consejo de administración. Este en el momento de delimitar el contenido del contrato, y, sobre todo, el *quantum* a percibir por el consejero deberá respetar el límite máximo anual global. Y en caso de no hacerlo, responderían por infringir su deber de lealtad para con la sociedad.

Esta postura estructura la interpretación del régimen retributivo de los administradores en aras a la finalidad protectora de la LSC, motivo principal de la reforma. Solo es comprensible y defendible desde esa perspectiva tuitiva, quedando así excluida la visión defendida por la tesis dualista cuyo foco de atención es el reparto competencial.

Concluye su argumentación con una serie de cláusulas ejemplificativas del grado de determinación estatutario necesario para entenderse válido. Así, sería correcta la siguiente redacción: *"el cargo de administrador es retribuido. Los consejeros de la sociedad tienen derecho a percibir como retribución por la asistencia a los consejos, las dietas que determine el consejo de administración"*. E insuficiente esta otra: *"el cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2 de la LSC"*²⁶.

11.2. Postura crítica:

Uno de los mayores representantes de esta postura tan crítica hacia la sentencia del TS de 26 de febrero de 2018 es ALFARO ÁGUILA-REAL²⁷. Este incluso antes de atacar el fondo del asunto, critica dos aspectos ajenos. A su parecer, la sentencia no hace sino reabrir una disputa que en mayor parte la doctrina ya había sustanciado. Y, además, conspira esgrimiendo que la redacción de la cláusula objeto de la sentencia, asume una

²⁶ IRÁCULIS ARREGUI, N.: "La remuneración del..." op. cit. pág: RR-7.6

²⁷ Almacén de Derecho (2018): *"La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales"*. Disponible en <https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>, [consulta: 01/05/2019].

redacción casi perfecta para tal propósito. Es decir, que la cláusula fue escrita a propósito de las actuaciones posteriores conseguidas: la calificación negativa y posterior recurso. La redacción tan extrema, con exclusión radical de la actuación junta general y de cualquier previsión estatutaria es una manera implícita de reclamar un pronunciamiento judicial que aclare la situación.

A efectos pedagógicos y sistemáticos, cabe resumir la postura defendida por este catedrático hasta esa resolución en tres grandes ideas: abandono de la teoría del vínculo respecto de los consejeros con funciones ejecutivas, en cuanto sí es posible la compatibilización de una relación contractual mercantil en virtud de la condición de administrador y otra en virtud de las funciones ejecutivas a ejercer; la presunción iuris tantum de que esta última relación tiene carácter laboral especial de personal de alta dirección; y, por último, la exclusión de las competencias de la junta general y el principio de reserva estatutaria en cuanto a la determinación del sistema retributivo de estos administradores con funciones ejecutivas.

La respuesta crítica a la sentencia se dilucida en virtud de varios argumentos, siendo pieza angular el uso de la terminología por el legislador de administradores “en su condición de tales”, principalmente por interpretación analógica a la diferenciación prevista en la propia LSC para las sociedades cotizadas. Ya que, respecto a las cotizadas, el legislador diferencia sin conflicto alguno la retribución que podrán percibir unos y otros en función a su condición de administrador o al desempeño de funciones ejecutivas.

Obviamente, haber incluido esa terminología debe tener una explicación, pues de otro modo, perfectamente se podría haber omitido. Ambas partes aceptan esa idea, si bien, la explicación defendida por el TS dista de la de este exponente, en cuanto este entiende que, no se está haciendo referencia a relaciones contractuales del administrador con terceros ajenos a la sociedad, sino distinguiendo entre funciones deliberativas y ejecutivas. Así, esa parte de la legislación pretende regular la retribución de los administradores en cuanto a tales, mientras que la explicación ofrecida por el TS haciendo referencia a conceptos conexos, parece pretender salir por la tangente.

De este modo, estructura la argumentación entorno a tres ideas: el consejo de administración como órgano de gobierno, el carácter dispositivo del precepto 217 de la LSC y la interpretación adecuada de los artículos 218 y 219 de la LSC.

Respecto al consejo de administración como órgano de gobierno, parte de la idea de que el TS no acaba de entender las distintas implicaciones de estructurarse en forma

simple o colegiada, y este error lo arrastra a lo largo de toda la exposición de la sentencia, empañando la calidad de su razonamiento, que, si bien el intento de una argumentación jurídica tan pormenorizada es elogiable, es incorrecta y debería ser revocada.

La legislación permite que el órgano de gestión se estructure de forma simple o colegiada, imponiendo ciertas limitaciones más exigentes a las sociedades capital anónimas que a las de responsabilidad limitada²⁸. Por otro lado, hay que distinguir entre la delegación de funciones que constituye la figura de consejero delegado del mandato puntual de la sociedad a un individuo para que este actúe vinculando a la sociedad frente a terceros, incluso aunque sea en el tráfico de la empresa.

Este debate sobre el sistema retributivo de los administradores con funciones ejecutivas solo tiene sentido en la segunda forma de organización. Cuando solo hay un administrador único o varios actuando de manera solidaria o mancomunada no hay división de funciones, porque no hay delegación, todos desarrollan las funciones inherentes a los administradores.

La delegación de funciones ejecutivas surge cuando se organizan en la forma de consejo de administración, básicamente porque las personas jurídicas sí tienen capacidad jurídica pero su capacidad de obrar es limitada. Es más, el consejo de administración, en cuanto a persona jurídica, puede: pactar acuerdos, impartir instrucciones o autorizar determinadas actuaciones, pero no puede celebrar contratos o ejecutarlos. Ante esta incapacidad de actuar por sí mismo, requiere que haya individuos que actúen en su nombre, y estos individuos no son sino los consejeros de administración con funciones ejecutivas o los consejeros delegados. Por tanto, no puede ser inherente al consejo de administración algo que no ostenta. Por ser miembro del consejo de administración no se tiene funciones ejecutivas, no son inherentes. Las propias son las funciones de deliberación, y no las ejecutivas que son obtenidas por delegación.

Además, el consejo de administración no tiene carácter permanente, solo actúa cuando está reunido, y la gestión de la sociedad no puede circunscribirse a periodos de tiempo interrumpidos. De ahí que la desempeñen de manera constante y permanente los que ostentan funciones ejecutivas.

De este modo, surgen consejeros que como miembros del consejo de administración acuden y deliberan, y otros, que además de eso, desempeñan funciones

²⁸ Artículo 210 de la LSC.

ejecutivas. Siendo la referencia de administradores “en su condición de tales” solo aplicable a los primeros, los meros administradores, y a las formas de organización simple.

Para desarrollar toda esta argumentación, en un artículo de opinión, recurre al supuesto ejemplificativo del Gobierno de España y el Consejo de Ministros. Siendo consejo de administración a Consejo de Ministros, y la gestión de la sociedad a la gestión de España. De tal modo, concluye que el consejero con funciones ejecutivas no las tiene en cuanto a su condición de miembro del consejo de administración, sino por designación.

A fin de ratificar su postura alega otra materia recientemente reformada, las facultades indelegables del consejo de administración²⁹. En este precepto no se hace prohibición alguna a la delegación de la facultad de celebrar o ejecutar un contrato, ya que, en mayor medida se ocupa de la gestión interna, de los asuntos “hacia dentro” de la sociedad.

El TS también recurre a esta materia en su argumentación, pero desde una óptica distinta. El hecho de que las funciones ejecutivas sean delegables, por parte del consejo de administración en unos pocos consejeros delegados, no supone que no sean inherentes a su condición de administradores. Nadie puede dar lo que no tiene. Es más, el TS afina más aún y explica que la asunción sensu contrario tampoco sería válida, pues no por ser facultades propias estas van a ser indelegables necesariamente. Es decir, si bien las facultades indelegables son propias, estas no se agotan ahí, también incluyen potestades delegables.

De lo expuesto por el TS se infiere que las funciones ejecutivas son también funciones propias y por tanto el termino “en su condición de tales”, no supone una exclusión hacia los consejeros con funciones ejecutivas.

Frente a esta argumentación, este exponente discrepa, pues entiende que las facultades ejecutivas ostentadas por los consejeros del consejo de administración se obtienen por delegación y no son inherentes al cargo de consejero, siendo entonces esa terminología excluyente y no siendo de aplicación el artículo 217 de la LSC a los consejeros con funciones ejecutivas.

Simplemente entiende que aquel que está delegando no es la globalidad de los administradores que conforman el consejo de administración, sino la persona jurídica creada, el propio consejo de administración.

²⁹ Artículo 249 bis de la LSC.

Continúa exponiendo que, aplicando el Derecho Común, de ser cierto lo esgrimido por el TS, para poder llevar a cabo la delegación de funciones ejecutivas, todos los consejeros tendrían que estar de acuerdo de manera unánime, pues estarían renunciando uno a uno a su posibilidad de desempeñar funciones ejecutivas en favor de ciertos individuos elegidos. Y lo que la legislación exige es mayoría cualificada (dos tercios) para el nombramiento de consejeros delegados es mayoría no unanimidad.³⁰

Por otro lado, este exponente declara que, para tutelar los intereses de los socios, especialmente los minoritarios, los socios podrían haber aplicado lo recogido en el artículo 28 de la LSC³¹ y haber pactado en los estatutos sociales todo aquellos que hubiera considera conveniente.

Realizar esta afirmación implica afirmar el carácter dispositivo del artículo 217 de la LSC, pues de otro modo se estaría vulnerando tal precepto legislativo en cuanto se opondría a la ley. Consciente de esto, en vez de argumentar a favor del carácter dispositivo cuestiona la imperatividad del precepto esgrimiendo la posibilidad de los socios de impugnar los acuerdos sociales que consideren que atentan contra el interés de la sociedad³².

³⁰ Personalmente, disiento parcialmente, si bien, considero cierto que la legislación exige para el nombramiento de consejeros delegados la mayoría cualificada y no la unanimidad, creo que es fácilmente entendible que esto solo se produce por un intento por parte del legislador de facilitar la toma de decisiones. Pues de otro modo, de exigir la unanimidad en órganos colegiados, se haría prácticamente imposible aprobar cualquier acuerdo.

Además, no comparto la lógica jurídica sobre como el consejo de administración en cuanto a persona jurídica incapaz de desempeñar funciones ejecutivas, es capaz de disponer de aquello que no tiene para delegarlo en los consejeros delegados. Es decir, o bien el consejo de administración posee esas funciones ejecutivas y dispone de ellas delegándolas en los consejeros delegados, o bien no las ostenta y, por ende, no puede delegarlas. Es verdad que las personas jurídicas tienen limitaciones en cuanto a su capacidad de obrar y por ello requieren de representantes, personas físicas, que actúen en su nombre, pero no comparto como las funciones ejecutivas son propias en la forma de organización simple a todos los administradores, y el hecho de organizarse de forma colegiada, hace que estos transfieran esas facultades a un consejo de administración que posteriormente requiera de delegación por ser incapaz de ejercitar las mismas. Entendería más orgánico, que al constituirse como un órgano colegiado cada consejero renunciara a sus funciones ejecutivas en favor del ejercicio por parte de otros.

Toda esta parte de la argumentación la considero ficticia con el fin ilusorio de demostrar que las funciones ejecutivas no son inherentes a los consejeros ejecutivos. Creo que está partiendo de la perspectiva de las sociedades cotizadas y se olvida de las pequeñas sociedades limitadas a las que la legislación también tiene que incluir.

³¹ Artículo 28 de la LSC: Autonomía de la voluntad: En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

³² Subjetivamente, creo que este argumento peca de técnica jurídica, si bien, se puede afirmar que el primer apartado del artículo 217 de la LSC es derecho dispositivo (el propio precepto regula la presunción de gratuidad, a menos que se establezca lo contrario en los estatutos), y una vez que se ha optado por la opción de retribuir al administrador, la aplicación de los restantes apartados del precepto, en mi opinión, son derecho imperativo, pues la redacción literal de los mismos así lo prueba.

Además, su postura defiende que, si los socios no impugnan, no ve motivo para que la administración pública o los jueces obstaculicen lo pactado por los consejeros y la sociedad, siendo estas personas capaces de prestar su consentimiento³³.

Desde una perspectiva imparcial, la reforma también ha afectado al régimen de impugnaciones regulado en los artículos 204 y siguientes de la LSC, de modo que los presupuestos objetivos y subjetivos han sufrido importantes restricciones. Respecto a los elementos subjetivos: antes la impugnación tenía carácter individual, pero ahora tiene carácter minoritario exigiendo un uno por ciento del capital. Si bien esta cuantía es ciertamente pequeña y fácilmente asequible en sociedades de reducido tamaño, puede suponer un obstáculo insalvable en sociedades de mayor envergadura. Y respecto a los elementos objetivos: las causas de impugnación consignadas en el nuevo régimen son bastante más reducidas que en el anterior derogado³⁴.

En definitiva, este representante cree que la sentencia resta valor al principio de autonomía privada del Derecho Común del que se pueden hacer valer los particulares en sus relaciones sinalagmáticas.

Respecto a la interpretación de lo regulado en los artículos 218 y 219 de la LSC, critica que el TS se haya servido de que los sistemas retributivos de estos artículos son típicos de consejeros ejecutivos. A su parecer, que este método retributivo sea típico, es decir, habitual entre un tipo de administrador, no obsta que se pueda regular como potencial opción para otro. Se podría vincular la retribución de los administradores sin funciones ejecutivas a los beneficios obtenidos por la empresa o atribuirles acciones como forma de retribución.

Además, con argumentos adicionales acusa la inobservancia del TS a la hora de aplicar la legislación de las sociedades de capital no cotizadas a los distintos sistemas organizativos del órgano de administración: estructura simple o compleja. A su entender, como el Capítulo II de la LSC se refiere a los administradores organizados de forma simple

³³ De nuevo, en mi opinión, este argumento denota que no está empatizando con la postura del socio minoritario y no acaba de comprender la función institucional del Derecho. La legislación debe estructurarse de modo que no tengan que resolverse los conflictos a posteriori, sino que se recojan las pautas que impidan la vulneración de los intereses legítimos de las partes. Es decir, como prevención de conflictos a priori. Reducir la función del precepto a que no impugnen los socios que estén en contra, aunque se vulnere lo legalmente previsto, a mi entender, supone vaciar de contenido la función social del Derecho. Si bien, es enormemente práctico, no es jurídicamente ético, pues pueden concurrir numerosos factores que provoquen que individuos adultos, altamente formados y capacitados, e incluso mediando buena fe, acuerden retribuciones perjudiciales para la sociedad en su conjunto, para los trabajadores de la empresa, para la red empresarial de la comunidad en la que viven...etc.

³⁴ Artículo 204 apartado tercero de la LSC.

y el Capítulo VI de la misma ley al consejo de administración, el legislador no podía expresamente excluir la organización colegiada de los administradores, y por ello lo hace implícitamente al utilizar el término “en su condición de tales”. La restricción sistemática autoimpuesta por el propio legislador hace que utilice esa terminología concreta que no pretende sino indicar que la previsión se aplica a: *“los administradores únicos, los administradores mancomunados, los administradores solidarios y los consejeros de un consejo de administración en cuanto miembros del órgano de administración, no en cuanto encargados del desempeño de las funciones ejecutivas”*³⁵. Pues como ya se ha explicado antes, esta postura entiende que las funciones inherentes de los administradores no engloban las funciones ejecutivas de los consejeros de los consejos de administración ya que estas sólo se obtienen en virtud de título contractual o de delegación correspondiente del propio consejo de administración, no simplemente por ser miembro.

Por todo lo expuesto, considera inadecuada la idea del TS de que “en su condición de tales” no aporta mayor valor o distinción al precepto, y que solo es una manera de referirse a los administradores, como tales, todos ellos en conjunto.

A su entender, el TS resucita, cometiendo un error, la doctrina del vínculo, al defender que un administrador único desempeña las mismas actuaciones que un consejero del consejo de administración.

En otro orden de cosas, hace referencia a argumentos más puntuales del TS, que refuta de manera más sucinta, como por ejemplo, la falta de cohesión de la argumentación del tribunal cuando explica que es contradictoria la redacción de la cláusula estatutaria. O que no hay referencia alguna al sistema retributivo, pues, su entender, no hay contradicción en establecer que el cargo de administrador sea gratuito y que aquellos que a mayores ostentes facultades ejecutivas sean retributivos. Y aunque si bien, no hace referencia a la reserva estatutaria, sí relaciona los posibles conceptos retributivos al contrato que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios regulado en el artículo 249 de la LSC.

O la referencia al artículo 260 de la LSC relativo al contenido obligatorio mínimo de la memoria anual que deben realizar los administradores de la sociedad, a partir de la cual el TS intenta ratificar su postura, pero que este catedrático entiende que no atañe a la cuestión debatida, pues es una mera exigencia de transparencia a las sociedades de capital.

O al precepto 249 bis letra i) de la LSC, el cual establece como facultad indelegable del consejo de administración al consejero delegado las decisiones respecto a la

³⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *“La retribución...”* op. cit.

remuneración de los consejeros. Precepto del cual, según él, solo se puede inferir que la legislación trata de evitar que el consejero delegado pueda presionar al resto del consejo de administración en una materia tan sensible como la retribución. Idea que dista enormemente de la defendida por el TS, el cual a partir de la redacción literal del precepto entiende que la reserva estatutaria se exige respecto de la retribución de todos los consejeros del consejo de administración.

O los criterios en virtud de los cuales debe el consejo de administración distribuir la retribución máxima global aprobada por la junta general entre todos los consejeros, previstos en el apartado tercero del artículo 217 de la LSC, entiende este defensor que se refiere entre otros al presidente del consejo, el consejero dominical³⁶ o al consejero independiente y no necesariamente a aquellos que desempeñan funciones ejecutivas.

O el hecho de que aquellos con funciones ejecutivas estén mejor retribuidos que los que no las desempeñan y por ello se les deba exigir mayor transparencia. Aquí no se critica la certeza del argumento, sino que por analogía entiende que de ser esgrimible tal exigencia basada en la elevada cuantía percibida, también debería exigirse a los altos directivos cuyas retribuciones pueden incluso superar las de los consejeros ejecutivos.

O, que, de acuerdo, con el documento elaborado previamente por la comisión de expertos, la fijación de la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas corresponde al órgano de administración, siendo este órgano, en estructuras de organización complejas, el consejo de administración. Lo recogido en este documento se ratifica relevante al ser casi en su totalidad la redacción final del precepto. A diferencia del preámbulo de la ley 31/2014 el cual incurre en defectos técnicos y, por ende, no puede dilucidarse de él razonamientos válidos.

Cabe mencionar cómo refuta la idea del TS de que los objetivos del preámbulo de la ley reformadora del 2014, a saber, aumentar la transparencia de los órganos de dirección de las sociedades y la protección de los derechos de los socios, especialmente los de los socios minoritarios, solo se cumplen bajo la tesis de retribución unitaria. Así, entiende que el socio puede solicitar la información que considere relevante a fin de conformar su juicio de valor sobre la gestión realizada por los socios. Información que puede perfectamente ser las cuantías retribuidas a los consejeros ejecutivos, por lo que aplicando el derecho de información del socio puede este protegerse. Además, cree que los posibles conflictos en

³⁶ El consejero dominical, es aquel que obtiene el cargo de consejero del consejo de administración o bien por su condición de accionista de la sociedad o bien por poseer una participación superior al cinco por ciento del capital social de acuerdo con la CNMV.

materia retributiva se podrían redirigir al concepto ya acuñado por los tribunales de “retribuciones tóxicas”³⁷.

Como matizaciones finales, defiende que puede ser perjudicial, para las sociedades que aquel que acuda al Registro Mercantil conozca el modo y los conceptos en virtud de los cuales estas retribuyen a sus consejeros ejecutivos, pues no deja de ser información que revela parte del *modus operandi* de las empresas. Y, a mayores, entiende que aquellos que deciden en quien van a delegar ciertas funciones, debieran ser, por lógica, los competentes para fijar sus retribuciones y modificarlas en función de las necesidades potenciales de la empresa en el futuro, sin tener que aprobar cada variación por la junta general de socios anualmente, pues pudiera ser interpretado por el consejero afectado como incertidumbre retributiva que hiciera a este dudar su decisión de aceptar el nombramiento.

Esta última idea es fácilmente rebatible. Primero, que la retribución estuviera fijada en los estatutos sociales y el máximo anual global a distribuir entre todos fuera aprobado por la junta general, no significa inexorablemente que lo recogido estatutariamente vaya a ser objeto de reforma anual, básicamente porque el proceso de reforma de los estatutos sociales no es precisamente sencillo. Por tanto, que estuviera previsto en los estatutos podría ciertamente proporcionar seguridad a aquel que asume el cargo a fin de saber que no va a ser fácilmente modificado, entendiendo la aprobación anual de la junta como una posibilidad para actualizar la cuantía a precios de mercado.

Además, que muchos defensores de la tesis integradora flexible, respetan la posibilidad de la junta general de aprobar límites que incluyeran horquillas de máximos a concretar por el consejo de administración, o que establecieran un máximo para los que desempeñan una función ejecutiva y otro para los que no, por no dejar de ser cierto que las funciones ejecutivas requieren mucha más dedicación y esta debe ser remunerada de manera acorde, o que una actuación estelar de un consejero con funciones ejecutivas se merezca la entrega de una remuneración que se excediera de la cuantía máxima aprobada por la junta general y que pudiera ser ratificada por una aprobación a posteriori del órgano.

Otro referente y defensor acérrimo de esta postura es CÁNDIDO PAZ-ARES. En su obra *Perseverare diabolicum*, escrita en abril de 2018, apenas un par de meses después de la

³⁷ Se entiende por retribución toxica aquella que contraviene el interés de la sociedad o que no es conforme a la situación económica del mercado, de acuerdo con Javier Fernández. Disponible en el blog online accesible en el siguiente link http://djvabogados.com/articulos_juridicos/las-llamadas-retribuciones-toxicas-los-administradores-las-sociedades-capital/, [consulta: 02/05/2019]

STS, desarrolla numerosos argumentos jurídicos, además de su opinión personal, que contrarrestan los usados por el TS en la STS. Si bien, habiendo leído ya diversos artículos de opinión sobre la temática objeto de estudio, y sabiendo que su posición jurídica no dista en gran medida de la esgrimida por ALFARO ÁGUILA-REAL, lo que más sorprende es la acidez de sus palabras en torno a la cláusula estatutaria que causa la STS.

Así, sin dejar de adular la labor de los magistrados del TS en cuanto a su esfuerzo pedagógico y su capacidad expresiva, siendo esta en todo momento lo suficientemente clara y eficaz como para permitir su comprensión de una simple lectura, analiza meticulosamente quién y cómo consigue provocar esta STS. Más aún, la finalidad de este escrutinio no es buscar argumentos a mayores que permitan criticar el tema de fondo, sino un ataque directo y sin tapujos al *modus operandi* de la parte interesada.

Defiende, y personalmente creo no cabe quitarle mérito por ello, que los tribunales no se crean con la finalidad de resolver cuestiones hipotéticas o dirimir dudas personales, pues independientemente de su jurisdicción, no solo supone un coste de su valioso tiempo o un uso innecesario de los recursos públicos. La verdadera atrocidad, a su entender, es la redacción tan peculiar y sesgada de la cláusula estatutaria. Tras investigar, comparte haber descubierto que la sociedad que pretendía inscribir tal cláusula en sus estatutos nunca había estado activa y la forma de su organización era simple, por lo que no había ni si quiera consejeros que remunerar.

Así, a título individual cabe preguntarse, ¿qué interés presente tiene más valor? ¿cuál debe protegerse? Por un lado, había una inseguridad jurídica abrumadora provocada por el uso de terminología ambigua por el legislador que dejaba al libre arbitrio del registrador de cada localidad, determinar el alcance de la reserva estatutaria obligatoria. Motivo que probablemente motivara a quien redactó la cláusula estatutaria. Por otro lado, no deja de ser evidente que un fallo de carácter tan marcado y exigente obligará a numerosas sociedades a modificar sus estatutos sociales para adecuarlos a la nueva interpretación del régimen de retribución, suponiendo un elevado coste privado, que con perspectiva no deja de ser un coste social, pues el dinero que requiera tal modificación no será invertido en mejorar el proceso productivo o en innovar con tecnologías verdes menos contaminantes.

11.3. Otras posturas más secundarias:

ROYO-VILLANOVA³⁸ defiende que más allá de la exigencia o no del principio de reserva estatutaria, es la aprobación por la junta general de socios del límite retributivo anual global a percibir por todos los administradores independientemente de las tareas que desempeñen lo que realmente supone una mejora del gobierno corporativo de las sociedades de capital no cotizadas. Argumentan que, si bien, los estatutos sociales aportan publicidad y transparencia al ser inscritos en el Registro Mercantil, es la capacidad de decidir el tope de la remuneración de todos los administradores lo que permite cumplir el objetivo de aumentar la protección de los socios, y especialmente de los minoritarios.

Otros, como JUSTE MENCÍA y CAMPINS VARGAS³⁹, parecen estar más preocupados en cuanto a la limitación de la autonomía de la voluntad de los consejeros que surge como consecuencia de interpretar el régimen retributivo con carácter imperativo, como lo hace el TS. De este modo, critican que el control último del sistema retributivo no sea ya la reserva estatutaria sino el límite máximo anual global establecido por la junta general respecto de todos los administradores independientemente de sus funciones deliberativas o ejecutivas.

Y, más concretamente, resaltan su inquietud por la posibilidad de admitir una previsión estatutaria alternativa que en expresión literal de estos: *"no parece que haya muchas diferencias entre no consignar ningún sistema de retribución en los estatutos, y establecer una larga lista de ellos, para que después sea el consejo quien decida aplicarlos todos, alguno o ninguno"*⁴⁰. Idea que también defiende CABANAS TREJO⁴¹.

Finalmente, RONCERO SÁNCHEZ⁴², hace un apunte importante y en gran medida innovador, pues defiende que independientemente de las tesis: unitaria, dualista o

³⁸ Opinión deducida de la entrada al Blog Hay derecho de Segismundo Álvarez Royo-Villanova. Disponible en el blog online accesible en el siguiente link <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/04/nueva-doctrina-de-la-dgrn-sobre-remuneracion-de-administradores-consecuencias-practicas/>, [consulta: 3/05/2019]

³⁹ JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGA, A. (2018): "Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018", *Revista de Derecho de Sociedades número 53 Mayo-Agosto 2018*, págs.: 157-175. Aranzadi, Navarra.

⁴⁰ JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGA, A.: "Interpretación del..." op. cit., pág.: 168.

⁴¹ CABANAS TREJO, R. (2018): "La Sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?", *Diario La Ley número 9193 Mayo 2018*.

⁴² RONCERO SÁNCHEZ, A. (2018): "Retribución de los Consejeros Ejecutivos. Adecuación de la retribución y deberes de actuación de los administradores", en González Fernández y Cohen Benchetrit (dirs.), *Derecho de Sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs.: 1061 a 1076.

integradora, aquellos sistemas retributivos que consistan en participación en beneficios o que estén vinculados a acciones de la sociedad tendrán que estar previstos necesariamente en los estatutos sociales aun cuando se refieran a consejeros con funciones ejecutivas por la naturaleza del concepto a retribuir.

Por otro lado, acepta como válidas las cláusulas estatutarias que prevean el carácter oneroso del cargo de consejero ejecutivo. Entendiendo que esta referencia mínima salvaguardaría toda exigencia legal de reserva estatutaria aplicable a los consejeros con funciones no deliberativas.

¿Qué ocurre entonces con los sistemas retributivos que no sean los dos ya mencionados anteriormente? ¿están sometidos al principio de reserva estatutaria o no? Aquí distingue entre, a su parecer, la clara intención de los que formularon el anteproyecto de la reforma y la redacción literal del texto reformado. Así, atendiendo a la interpretación teleológica, se posiciona en contra de la reserva estatutaria. No obstante, sí menciona la necesidad de prever mecanismos *ex post* que permitan a los socios ejercer control sobre los sistemas retributivos, de modo que, aunque su protección indirecta se vea menoscabada no termine siendo inexistente en detrimento de la flexibilidad necesaria de las sociedades de capital. Es decir, que, si el régimen aplicable está diseñado a imagen y semejanza de las sociedades de capital cotizadas, los mecanismos de protección de los socios propios de las sociedades cotizadas también debieran preverse para las no cotizadas. Y de no hacerse así, la relativización del principio de reserva estatutaria: "*debiera haberse circunscrito en exclusiva a las sociedades cotizadas*"⁴³.

12. RETRIBUCIÓN EN SOCIEDADES DE CAPITAL COTIZADAS

ARTÍCULO 529 LSC:

La retribución de los consejeros de administración de las sociedades de capital cotizadas se regula en los artículos 529 sexdecies, septedecies, octodécies y novodécies de la LSC. El estudio de esta regulación es relevante a efectos comparativos, pues esta materia carece de problemática ya que está perfectamente delimitada en la LSC.

A diferencia de la presunción de gratuidad del cargo de administrador en las sociedades de capital no cotizadas, en las cotizadas la presunción *iuris tantum* es de onerosidad. Además, el énfasis en la redacción literal favorece pensar que en su gran

⁴³ RONCERO SÁNCHEZ, A.: "Retribución de los Consejeros..." op. cit. pág.: 1076.

mayoría y salvo supuesto extraordinario o especial, los administradores estructurados en órganos complejos percibirán remuneración.

La realidad, no hace sino confirmar tal presunción, pues escasos son los supuestos en los que no se remunera.

A mayores, en este tipo de sociedades es preceptiva la aprobación de una política de remuneraciones de los consejeros por la junta general cada tres años como mínimo, manteniendo su vigencia entre estos intervalos, y como punto separado del día, en contraposición al carácter facultativo de la misma en las sociedades no cotizadas. Esta debe ajustarse a las previsiones estatutarias sobre los sistemas de remuneración en los supuestos que corresponda.

Aunque la aprobación corresponde a la junta general, la propuesta de esta política es de competencia del consejo de administración. Propuesta que debe ser motivada e ir acompañada de un informe específico de la comisión de nombramientos y retribuciones.

Tanto la política de remuneraciones como el informe de la comisión han de ser publicados en la página web de la sociedad, en aras a favorecer la publicidad y transparencia de estas sociedades, así como el acceso de los socios e interesados a esta información.

Cualquier modificación de lo contenido en ella requiere el mismo procedimiento que la aprobación original.

La vigencia de la política de remuneraciones es de tres años, salvo que el informe anual sobre remuneraciones tras votación consultiva de la junta general ordinaria fuera denegado en cuyo caso la política de remuneraciones de aplicación para el ejercicio siguiente tendrá que ser aprobada antes de poder aplicarse.

La regla general consiste en que las remuneraciones que perciban los consejeros serán coherentes con la política de remuneraciones vigente en cada momento, a excepción de remuneraciones aprobadas expresamente por la junta general de accionistas.

Una vez establecida la regla general, y el carácter obligatorio de la política de remuneraciones, la legislación diferencia entre la remuneración a percibir por los consejeros por su condición de tal y la de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas.

Respecto a los primeros, su remuneración está sujeta al principio de reserva estatutaria, por lo que el sistema retributivo deberá determinarse en los estatutos sociales. La política de remuneración aplicable a estos consejeros debe determinar el límite máximo anual global a percibir por los consejeros que actúen como tales.

Es el consejo de administración el que tiene la facultad de repartir esa cuantía máxima total anual entre los consejeros por su condición de tales en función de sus tareas, responsabilidades y demás aspectos objetivos que lo rodeen.

Respecto a los segundos, su remuneración se pactará en el contrato del consejero con la sociedad, siguiendo la regulación prevista para las sociedades no cotizadas en el artículo 249 de la LSC. Lo recogido en este contrato debe ser acorde al límite máximo global anual.

La competencia para repartir la remuneración en función de las tareas ejecutivas y de acuerdo con las exigencias previstas en el apartado tercero del artículo 249 de la LSC y en la política de remuneraciones, es de consejo de administración.

De este modo, la protección de los socios es directa e indirecta, pues estos conocen los sistemas y conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos y, además, pueden opinar sobre la cuantía o el sistema retributivo y comprobar si efectivamente las cuantías percibidas por los consejeros ejecutivos cumplen las previsiones aprobadas por la junta general. Es decir, hay intervención directa ex ante, e indirecta ex post. Por otro lado, la transparencia está garantizada por múltiples mecanismos tales como la elaboración y divulgación del informe anual sobre las retribuciones y la política de remuneraciones.

13. CONCLUSIONES:

1. Desde un punto de vista histórico-sistemático, al refundir la LSA y la LRSL en 2010 en el TRLSC, y posteriormente reformarlo en 2014, se ha intentado concentrar toda la regulación del sistema retributivo de los administradores de las sociedades de capital en un mismo texto legislativo. Este objetivo que, si bien, meritorio, ha terminado quebrando la seguridad jurídica en esta materia al no concebir con suficiente claridad el alcance del principio de determinación de la reserva estatutaria.

2. La sentencia del TS de 26 de febrero de 2018 marca un precedente sin igual, suponiendo un antes y un después en el régimen retributivo de aplicación a los administradores con funciones ejecutivas de las sociedades de capital no cotizadas. No obstante, no hay que olvidar, que el carácter extremo de la cláusula estatutaria que provoca tal dictamen influye decisivamente en el radicalismo de la sentencia. Un texto menos extremo en cuanto a las competencias de la junta general y al principio de reserva estatutaria hubiera desembocado en un fallo más moderado. Por tanto, hay que resaltar el espíritu flexibilizador de la sentencia.

3. La situación de incertidumbre es tal, que se evidencia necesaria una actuación, en forma de texto legislativo o jurisprudencia del TS, que clarifique el alcance y la extensión de la reserva estatutaria delimitando a qué administradores engloba y ejemplifique que preceptos satisfarían tal previsión. Es de inmediata urgencia y necesidad un único criterio a aplicar para determinar el sistema retributivo para los distintos tipos de administradores de las sociedades no cotizadas, que establezca la situación y determine que interpretación es la correcta.

4. No cabe rechazar una posible reforma legal en el futuro próximo que aproveche la transposición de la Directiva Europea de 2017 sobre implicación de los socios en las sociedades cotizadas para, simultáneamente, determinar definitivamente en una orientación u otra, la regulación del régimen retributivo de los administradores de las sociedades no cotizadas.

5. Las posturas del debate son variadas, pero se pueden resumir en tres grandes bloques en función del cumplimiento o no del principio de reserva estatutaria: la tesis unitaria o acumulativa de aplicación del artículo 217 de la LSC a todos los administradores y, a mayores, el artículo 249 de la LSC a los administradores con funciones ejecutivas o consejeros delegados; la tesis dual alternativa que distingue entre administradores con funciones deliberativas y aquellos con funciones ejecutivas, con regímenes retributivos distintos para cada uno y consecuentemente con o sin reserva estatutaria; o una postura intermedia flexibilizadora en la que los requisitos de reserva estatutaria se relajan para los administradores con funciones ejecutivas, sin obstar que sigan englobándose en el alcance de la reserva estatutaria del artículo 217 de la LSC. Aquellos que abogan por la reserva estatutaria también defienden la competencia de la junta general para determinar el límite máximo anual global a percibir por todos los administradores.

6. Considero que muchas de las argumentaciones de las distintas posturas ya sea en una dirección o en otra, tienen como propósito secundar la idea principal de la tesis defendida, sin ser realmente contundentes en cuanto a su argumentación o su base jurídica.

7. Respecto al dictamen del TS en sí mismo, desde una perspectiva abstracta y sin entrar a dirimir el fondo del asunto, creo que o bien la postura mayoritaria de la doctrina desde la reforma acaecida en el 2014 era errónea y el TS se ve efectivamente en la obligación como órgano supremo de justicia de vislumbrar el verdadero sentido de la reforma y por ello dicta esa sentencia, sin perjuicio de que por aplicación de los principios generales del Derecho Procesal para que este se pronuncie tiene que haber un *petitum* que

así lo reclame, o bien las circunstancias coyunturales son tales que causan que asuma la función de legislador y establezca el régimen retributivo que considera debería ser de aplicación, actuando más allá de las competencias constitucionalmente atribuidas.

8. Que el legislador a la hora de sistematizar la legislación haya especificado un capítulo para regular las peculiaridades del consejo de administración implique que la normativa general prevista en otros apartados de la misma ley, LSC, no es de aplicación, es un criterio válido, en virtud del principio de especialidad. Este es un criterio básico de aplicación universal, la ley especial deroga la ley general, y, por tanto, las previsiones concretas son las aplicables. Si bien, la aplicación cumulativa o alternativa de los artículos 217 y 249 de la LSC nada tiene que ver con eso, pues lo que se pone en duda es si a los consejeros con funciones ejecutivas se les aplica un régimen retributivo cumulativo o alternativo en función del concepto que se tenga por consejero con funciones ejecutivas.

9. La sentencia del TS de 26 de febrero de 2018 plantea una tesis cumulativa del régimen general de los administradores y el régimen específico de los consejeros ejecutivos, pero con matices flexibilizadores. Estos plantean dudas acerca de su alcance y la posible resurrección de la teoría del vínculo, que hasta 2014 se entendía superada.

10. Que los dos sistemas retributivos que se regulan en los artículos 218 y 219 de la LSC como desarrollo de la enumeración del apartado segundo del artículo 217 de la LSC sean habituales métodos de retribución de los consejeros ejecutivos, si bien es indiciario, entiendo que no son criterios suficientes para extender la reserva estatutaria al carácter oneroso del cargo de consejero con funciones ejecutivas. Considero que la exigencia de la reserva estatutaria debe extenderse a los consejeros ejecutivos, por interpretación integradora del artículo 217 apartado primero de la LSC.

11. No hay que olvidar la importancia del criterio gramatical, que a partir de la redacción literal del apartado primero del artículo 217 de la LSC, y el uso del gerundio “determinando” permite afirmar la necesaria obligación de establecer el sistema retributivo por el que se va a remunerar al administrador para que la presunción de gratuidad se destruya. Podría haber dicho “pudiendo determinar”, pero no lo hace, por lo que no se puede poner en tela de juicio la exigencia de reserva estatutaria del sistema retributivo para todos los administradores. Esto goza de vital importancia en general, pero más aún, para aquellos exponentes de posturas doctrinales para los que sistema retributivo y concepto o conceptos retributivos sean sinónimos.

12. A mi parecer el argumento de tipicidad o habitualidad de los sistemas retributivos regulados en el apartado segundo del artículo 217 de la LSC y su referencia implícita a los consejeros ejecutivos, aunque no es un argumento de primera, y es interpretable a favor de ambas posturas extremas, creo que sí es válido como argumento de apoyo a las tesis integradoras flexibles, pues nada obsta que sea utilizado para retribuir a los consejeros que no desempeñan funciones ejecutivas, pero la legislación tiene que ser afín a la realidad y esta impone que son oportunos respecto de los consejeros ejecutivos.

13. Respecto a la cláusula estatutaria de la RDGRN del 31 de octubre de 2018, considero que el mismo detalle vislumbrado en la descripción del contrato que deberá mediar entre la sociedad y el administrador con funciones ejecutivas, podría haber sido dedicado a la reserva estatutaria y el límite máximo global anual a aprobar por la junta general, de modo que no cupiera duda acerca de la licitud de la cláusula. Si bien, ante la estricta pregunta de si el texto en cuestión vulnera la legalidad, la respuesta es no, pues no niega el principio de reserva estatutaria expresamente. Pero sí peca de determinación suficiente y clara, y ¿por ello puede ser causa de rechazo de inscripción? efectivamente. Ahora bien, la situación coyuntural no solo posibilita esta inscripción y similares, sino que incluso, radicalizando, se podría decir que las favorece debido a la falta de determinación y seguridad jurídica tanto en el precepto legal tras la reforma en sociedades no cotizadas, como el hecho de que la sentencia del TS del 26 de febrero no se pueda considerar jurisprudencia al ser una única sentencia resultado de un recurso de casación ordinario. Es por esto, que se evidencia necesario un evento que solucione definitivamente este conflicto, ya sea una reforma legislativa o una sentencia en firme que dicte jurisprudencia.

14. En cuanto a las consecuencias prácticas de las RDGRN creo que estas no son sino un modo temporal de permitir inscripciones en el Registro Mercantil hasta que haya un evento que clarifique definitivamente cómo se debe proceder. Es más, aunque es cierto que no se está vulnerando manifiestamente el dictamen del TS, tampoco se está asegurando que se vaya a seguir la previsión legal de acuerdo con esta interpretación. Por lo que, de algún modo se está aprovechado que la sentencia del TS no haya asentado jurisprudencia y evitando los aspectos controvertidos aplicando, en gran medida, la misma doctrina que antes del pronunciamiento judicial.

14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

14.1. Bibliografía:

ARROYO APARICIO, A. et al (2018): *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*. Coordinación de José Antonio García-Cruces. Tirant Lo Blanch. Valencia

BARROS GARCÍA, M. (2015): ¿Continúa vigente la <<Doctrina del Vínculo>> tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41-2015, 34-41.

CABANAS TREJO, R. (2018): "La Sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?", *Diario La Ley número 9193 Mayo 2018*.

IRÁCULIS ARREGUI, N. (2019): "La remuneración del consejo ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital", *Revista de Derecho Mercantil número 311 Enero-Marzo 2019*, págs.: RR-7.1-RR-7.12

JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGA, A. (2018): "Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018", *Revista de Derecho de Sociedades número 53 Mayo-Agosto 2018*, págs.: 157-175. Aranzadi, Navarra.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2018): *Lecciones de derecho mercantil*. Coordinación de María Luisa Aparicio. Aranzadi. Navarra.

PAZ-ARES, C. (2018): *Perseverare diabolicum* (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos). InDret. Barcelona.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2019): "Un paso más en el tortuoso camino de la retribución de consejeros: a propósito de la RDGRN de 31 de octubre de 2018", *Revista de Derecho Bancario y bursátil número 154*.

RONCERO SÁNCHEZ, A. (2018): "Retribución de los Consejeros Ejecutivos. Adecuación de la retribución y deberes de actuación de los administradores", en González Fernández y Cohen Benchetrit (dirs.), *Derecho de Sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

TRIGO Y SIERRA, E. (2018): *Tribuna de Empresa Familiar* abril 2018. *Uría y Menéndez*.

14.2. Webgrafía

Almacén de Derecho (2018): *La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales*. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>, [consulta: 01/05/2019].

Asociación Española para la Calidad (AEC) (2010): Conocimiento: Responsabilidad Social empresarial: Buen Gobierno Corporativo. Disponible en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/buen-gobierno-corporativo>, [consulta: 2/04/2019].

Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra (2018): SOCIEDADES: Nueva doctrina de la DGRN sobre remuneración de administradores. Consecuencias prácticas. Disponible en <http://coapinavarra.org/sociedades-nueva-doctrina-de-la-dgrn-sobre-remuneracion-de-administradores-consecuencias-practicas/>, [consulta: 3/05/2019].

Deloitte: ¿Qué es el gobierno corporativo? Transparencia y confianza. Disponible en <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html#>, [consulta: 2/04/2019].

DJV abogados (2016): Las llamadas “retribuciones tóxicas” de los administradores en las sociedades de capital. Disponible en http://djvabogados.com/articulos_juridicos/las-llamadas-retribuciones-toxicas-los-administradores-las-sociedades-capital/, [consulta: 02/05/2019].

Hay derecho (2018): *Nueva doctrina de la DGRN sobre remuneración de administradores: consecuencias prácticas*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/04/nueva-doctrina-de-la-dgrn-sobre-remuneracion-de-administradores-consecuencias-practicas/>, [consulta: 3/05/2019].

14.3. Selección de jurisprudencia:

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm.7148/1988 de 29 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 98/2018 de 26 de febrero.

Dirección General de los Registros y del Notariado

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 30 de julio de 2015.

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 5 de noviembre de 2015.

España Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 10 de mayo de 2016.

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 17 de junio de 2016.

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 14 de octubre de 2018.

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 8 de noviembre de 2018.

14.4. Legislación:

Nacional

España. Real Decreto Ley 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. Boletín Oficial del Estado, 12 de agosto de 1985.

España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161.

España. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255.

España. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Boletín Oficial del Estado, 5 de marzo de 2011, núm. 55.

España. Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184.

España. Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Boletín Oficial del Estado, 4 de diciembre de 2014, núm. 293.

España. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2014, núm.288.

España. Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Boletín Oficial del Estado, 21 de julio de 2015, núm. 173.

Europea

Reglamento (UE) número 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) número 648/2012

Directiva Europea 2013/36 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/49/CE

Directiva Europea 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

14.5. Otros documentos consultados:

Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009 sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros (2009/384/CE)

Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009 que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa (2009/385/CE)

Recomendación C (2009) 3177 de la Comisión Europea en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 28 de julio de 2016: Evaluación de las normas sobre remuneración de la Directiva 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 575/2013

CNMV (2015): *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid.