



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Trabajo de Fin de Grado

Grado en DADE

La remuneración de los administradores en las sociedades de capital

Presentado por:

Claudia Roca Álvarez

Tutelado por:

Luisa María Esteban Ramos

Valladolid, 17 de Julio de 2020

RESUMEN

Este trabajo analiza el marco normativo del sistema de retribución de los administradores en las sociedades de capital como núcleo central del gobierno corporativo que, desde la crisis del 2007, ha sido el foco de debate del Derecho Societario. Tras la reforma necesaria de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre se produce una mejora en la transparencia del sistema de retribución y se establecen mecanismos de control por parte de la junta general de accionistas para evitar las retribuciones desproporcionadas y totalmente desvinculadas de los resultados sostenibles a largo plazo generando conflictos de intereses dentro de la sociedad. Sin embargo, esta reforma que implicó una regulación pormenorizada para las sociedades cotizadas, ha generado problemas interpretativos en cuanto a la remuneración de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas. Por ello, el objeto de este estudio tratará la problemática existente en esta materia a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de febrero del 2018 contradiciendo la doctrina de la DGRN y la postura mayoritaria de los juristas.

PALABRAS CLAVE: Remuneración, consejero ejecutivo, gobierno corporativo, sociedades de capital.

ABSTRACT

This paper analyzes the regulatory framework of the CEOs' remuneration system in capital companies as the central core of corporate governance, which, since the 2007 crisis, has been at the heart of the Company Law debate. After the necessary reform of the Spanish Capital Companies Law, there was an improvement in the transparency of the remuneration system and control mechanisms are established by the general shareholders' meeting in order to avoid disproportionate and totally disconnected remunerations from long-term sustainable results, generating conflicts of interest within companies. However, this reform, which entailed detailed regulation for listed companies, will generate interpretive problems regarding the remuneration of executive directors in unlisted companies. For this reason, this study deals with the ongoing problem in this matter as a result of the Supreme Court Judgment of February 26th, 2018 contradicting the DGRN's doctrine and the majority position of the jurists.

KEY WORDS: Remuneration, CEO, corporate governance, capital companies.

CLASIFICACIÓN JEL (JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE): K20, M14

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Códigos de Buen Gobierno Corporativo.....	6
3. Evolución de la legislación aplicable a las Sociedades de Capital para la determinación de la remuneración de los administradores	11
3.1. Características del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba la LSC antes de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo.	11
3.2. Teoría del vínculo	12
4. Alcance del nuevo régimen de la LSC a partir de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo: problemas interpretativos	16
4.1. Influencia de la normativa extranjera en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre	16
4.2. Régimen de la remuneración de los administradores con carácter general para todas las sociedades de capital	18
4.3. Régimen de la remuneración de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas: ¿Fin de la teoría del vínculo?	20
5. Sentencia 98/2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2018	22
5.1. Nuevas posturas y resoluciones de la DGRN	27
6. Régimen especial de la remuneración de los administradores en las sociedades de capital cotizadas.....	30
7. Directiva UE 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2017.....	33
8. Conclusiones.....	34
9. Referencia Bibliográficas	39
9.1. Bibliografía	39
9.2. Webgrafía	40
9.3. Jurisprudencia.....	40
9.4. Legislación	41
9.5. Derecho comunitario	42

1. INTRODUCCIÓN

La remuneración de los administradores y de los altos directivos es una cuestión controvertida, cuyo debate sigue activo en la actualidad siendo objeto de estudio de varias disciplinas como la economía, la política, la sociología y el derecho. Este tema surge a raíz de los escándalos retributivos que se evidencian desde la crisis económica de 2007, dando lugar a la aprobación de los denominados “Códigos de buen gobierno corporativo” con el objetivo de corregir los principales fallos del sistema de retribución de los administradores, sobre todo, en las sociedades anónimas cotizadas. Con ello, se intentará evitar la asunción de riesgos excesivos por parte de los consejeros buscando la rentabilidad en el corto plazo y, al mismo tiempo, acabar con los problemas tradicionales de información y participación de los socios minoritarios.

En concreto, siempre se ha criticado las elevadas cantidades percibidas por los consejeros delegados y los consejeros con funciones ejecutivas, en muchos casos, sin vincularse al resultado de la empresa sobre todo en épocas de crisis. Desde que la CNMV comenzó a publicar los datos de las retribuciones percibidas por los consejeros de las sociedades del IBEX en el 2004, se aprecia un incremento del 100,2 % de la retribución media por consejero hasta el año 2019.¹ De este dato se deriva que la remuneración de los consejeros no se ha visto afectada por la crisis, como ocurrió en el año 2011 donde, a pesar de la caída generalizada de resultados, la remuneración devengada por los consejos de administración de las sociedades del IBEX ascendió en promedio a 7,5 millones de euros, siendo un 5% más que el año anterior, y la retribución media por consejero tuvo un incremento del 4,4%.²

Por otro lado, los sistemas retributivos incorporan indemnizaciones por cese sin ningún tipo de limitación en su cuantía, siendo un problema que se extiende a día de hoy. A modo de ejemplo, en el año 2009³, parte del incremento del promedio de la remuneración de los consejos de administración de las empresas IBEX se debió, como la propia CNMV indica, al importe desembolsado por una sociedad de 29,7 millones por el cese de tres consejeros y, de igual forma, continuó ocurriendo en el 2019 cuando otra sociedad desembolsó 14,78 millones por el cese de su presidente ejecutivo.⁴

¹ elDiario.es (2019): “El sueldo medio de los consejeros del Ibex bate su quinto récord consecutivo ya roza los 700.000 € anuales”. [en línea]: https://www.eldiario.es/economia/sueldo-consejeros-ibex-consecutivo-anuales_1_1307459.html

² CNMV. Informe Anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35. Ejercicio 2011. pp.5.

³ CNMV. Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35. Ejercicio 2009. pp.29.

⁴ CNMV. Informe Anual sobre Remuneraciones de los Consejeros de Sociedades Anónimas Cotizadas. ENDESA, S.A. 31/12/2019. pp.33

Uno de los problemas del crecimiento progresivo de la retribución de los administradores es que ésta no se vincula a los resultados de la sociedad ni se corresponde con la evolución real de los salarios del resto de trabajadores pues, a pesar de varios años de crecimiento económico antes de la crisis del 2020, los sueldos medios de los empleados de las empresas del IBEX 35 disminuyeron un 1,2% en el 2018, mientras que los de los altos directivos se incrementaron un 6%. Esto se traduce en un aumento de la brecha salarial dentro de las sociedades de capital, ya que se estima que entre el sueldo más alto y el salario medio de cada empresa dista una retribución 123 veces mayor⁵.

Además de este factor que puede causar el aumento de la desigualdad social en la economía de un país, a nivel societario, se plantea el tradicional conflicto de intereses entre el administrador (con el objetivo de obtener la mayor retribución), la sociedad (con el objetivo de generar valor añadido, reducir gastos o expandirse) y los socios o accionistas (con el objetivo de maximizar el beneficio y el valor de lo invertido); debiendo incluir, de igual modo, los intereses que puedan tener los stakeholders como son los inversores, empleados, proveedores, clientes u otros que representen el sistema social en el que opera la empresa.

Este debate que surge a nivel internacional, derivó en nuevos movimientos que fomentan las prácticas de buen gobierno y la obtención de objetivos que garanticen la sostenibilidad a largo plazo, como el “shareholder’s spring”⁶ en RU, el “business Roundtable” en EEUU o la Inversión Socialmente Responsable en España.

Esto ha situado al sistema de retribución de los administradores en el núcleo central de la política del gobierno corporativo, pues en varias ocasiones se ha culpado a la propia retribución de los ejecutivos y a la obsesión por la rentabilidad a corto plazo, de haber provocado la crisis del 2007 sobre todo en aquellos casos donde ha sido necesaria la intervención con fondos públicos.⁷

En España, como consecuencia del fracaso de la autorregulación de los Códigos de buen gobierno y una deficiente legislación en materia de retribución de los administradores, se aprueba la Ley 31/ 2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo produciendo así una importante reforma en la Ley de

⁵ OXFAM Intermón (2019): La huella en la desigualdad de las empresas del IBEX 35. Informe nº53.

⁶ Financial Times (2017): “Executive pay rebellions loom in “shareholder spring”.[en línea]: <https://www.ft.com/content/4d02fb44-ef93-11e6-930f-061b01e23655>.

⁷ Sánchez-Calero Guilarte, J (2010): “El debate sobre la regulación de los administradores es un asunto capital en la organización de las sociedades de capital. Es evidente y comprensible que la aportación de recursos públicos al rescate de empresas privadas no sólo justifica, sino que obliga a intervenir sobre la retribución de los gestores a los que se considera causantes de esa intervención pública. Los fondos públicos reparan los efectos de una mala gestión privada, de la que sus directos responsables continúan obteniendo enormes beneficios a través de retribuciones incomprensibles”.

Sociedades de Capital (LSC) que incide sobre todo en el régimen de las sociedades cotizadas.

Con todo lo expuesto, este trabajo estudiará las principales modificaciones que se han introducido en el sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital, a raíz de la crisis del 2007, promovidas por las recomendaciones europeas y la normativa a nivel internacional en esta materia. Se analizarán los problemas interpretativos que ha generado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo sobre la determinación de la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas en las sociedades de capital no cotizadas, sobre todo, entorno al principio de reserva estatutaria, dando lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 contradiciendo la doctrina mayoritaria y la postura de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN).⁸

Para ello, se revisará la evolución legislativa en esta materia, las recomendaciones de los Códigos de buen gobierno corporativo, la jurisprudencia del TS, la postura de la DGRN así como la disparidad de opiniones sobre este asunto entre los juristas, cuyo debate continúa en la actualidad.

2. CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Los denominados Códigos de buen gobierno recogen un conjunto de “principios, recomendaciones y buenas prácticas para ser adoptado por las sociedades cotizadas en el marco de sus posibilidades de autorregulación sobre su organización y funcionamiento interno, con la finalidad de que declaren periódica y públicamente a través del informe anual de gobierno corporativo el grado de seguimiento de tales pautas o justifiquen su incumplimiento”.⁹ Por lo tanto, regulan el diseño y funcionamiento de los órganos de gobierno de la sociedad con el objetivo de evitar los conflictos de interés dentro de la empresa protegiendo a los accionistas (desde el enfoque shareholder) así como a todos aquellos grupos que puedan verse afectados por las decisiones de la empresa (desde el enfoque stakeholder).

El gobierno corporativo tiene como objetivo alcanzar el mayor grado de coordinación entre los intereses de los individuos, las empresas y la sociedad. El conjunto de normas que regulan el gobierno corporativo se establece con el fin de promover el uso eficiente de los recursos de la sociedad, exigiendo un alto nivel de diligencia en la gestión y en la toma de decisiones de la administración. Estas normas son aceptadas a nivel internacional, siendo un incentivo para su

⁸ El art. 2.2 del Real decreto 139/2020, de 28 de enero por el que se establece la estructura básica de los departamentos ministeriales suprime la DGRN y pasa a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (art.2.1 A) 1º c.). No obstante, en este trabajo mantendremos la nomenclatura anterior a efectos prácticos.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [11/07/2020].

adopción por las sociedades y una forma de mejorar la gestión y la transparencia de las prácticas societarias ayudando a la empresa a alcanzar sus propias metas y a atraer nuevas inversiones.¹⁰

Esta explicación sobre el gobierno corporativo y las ventajas que aporta su aplicación en las sociedades de capital, fue aportada por el economista británico Adrian Cadbury en el Foro Mundial sobre Gobierno corporativo, siendo éste el precursor de las normas del buen gobierno en las sociedades de capital con el denominado “Informe Cadbury”. Esto tiene lugar, tras los sucesivos escándalos financieros y las desproporcionadas retribuciones de los consejeros ejecutivos en las empresas de Reino Unido, generando un alto nivel de desconfianza hacia los mercados financieros sobre la información aportada por las sociedades cotizadas. De este modo, lo que se propone es dar más información y unificar un conjunto de normas financieras y de contabilidad que permitieran conocer el gobierno de las sociedades, siendo la retribución de los administradores uno de los temas más polémicos donde se entendía como necesario la transparencia y la participación de los accionistas en su determinación.¹¹

La remuneración de los administradores siempre ha sido el elemento clave del modelo de dirección y control de las sociedades cotizadas y el núcleo esencial del gobierno corporativo. Por ello, un tema tratado en todos los códigos es la regulación y el establecimiento de garantías en el proceso de determinación de las remuneraciones de los administradores, teniendo en cuenta las recomendaciones europeas y los principios de la OCDE en esta materia, evitando así que esta cuestión sea negociada únicamente entre el consejo de administración y el consejero ejecutivo.

Los principios establecidos por la OCDE para el buen gobierno corporativo tienen el objetivo de garantizar la transparencia en las retribuciones de los miembros del consejo de administración y los altos directivos. En particular, es importante que los accionistas conozcan la política de remuneración, el valor total de los sistemas retributivos que se establezcan conforme a dicha política, la relación entre la remuneración y los resultados de la empresa y las cualidades que deben reunir los candidatos al cargo de consejero. Por otro lado, los accionistas deben expresar opiniones e influir en la retribución de los directivos y miembros del consejo con especial incidencia en la remuneración basada en acciones y la

¹⁰ Banco mundial (2005): Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo. Herramienta 2. Tomo I. Justificación. [en línea]: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/880371485935434005/text/34669-v2-SPANISH-Toolkit2-Spanish-Tom1-PUBLIC.txt>

¹¹ Informe Cadbury (1992), 4.40: “El importe de las remuneraciones debe ser suficiente para atraer y retener a los consejeros necesarios para dirigir satisfactoriamente a la sociedad, debiendo estructurarse los elementos de la remuneración de tal modo que se vincule la compensación económica al rendimiento individual y de la sociedad. Las sociedades deben establecer un procedimiento formalizado y transparente para elaborar la política de remuneración de los cargos ejecutivos y fijar el conjunto de los elementos integrantes de la retribución de cada uno de los consejeros”.

relación entre retribución y resultados de la empresa a largo plazo, incluidas las cláusulas sobre resolución del contrato y jubilación.¹²

El Informe Cadbury dio lugar al Informe del Grupo de Estudios sobre la remuneración de los directores (Informe Greenbury) donde además de dar importancia a la transparencia, se incide sobre otras recomendaciones que fijen límites o controles sobre el procedimiento de determinación de la remuneración de los administradores.

En España, el primer Código de buen gobierno, fue el Informe Olivencia de 26 de febrero de 1998, en segundo lugar, el Informe Aldama de 8 de enero de 2003, y posteriormente, el Código unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2006 (CUBG o código Conthe), actualizado en el 2013.

A raíz de la crisis del 2007, la necesidad de positivizar alguna de las recomendaciones era cada vez más evidente, pues solamente el 21,3% de las sociedades cotizadas cumplían con la recomendación número 40 del CUBG donde se dispone la norma conocida como “say on pay”, es decir, que el consejo someta a la junta general un informe sobre la política de retribuciones de los consejeros como punto del orden del día y con carácter consultivo. Y dicho informe se pondrá a disposición de los accionistas. Además, se indica que las recomendaciones sobre transparencia y régimen de aprobación de las retribuciones de los consejeros son las menos seguidas por las empresas del IBEX.¹³

Estos códigos están integrados por una serie de recomendaciones de adopción voluntaria bajo el principio de “cumplir o explicar”¹⁴ de tal forma que, hasta su inclusión en la legislación, estas normas “éticas” no van a generar obligaciones para las sociedades.

En el caso de España, la CNMV se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la poca efectividad de estos códigos y la heterogeneidad de los criterios adoptados por las sociedades dada la propia complejidad de las estructuras de remuneración por ser “demasiado centradas en el corto plazo y carentes de una correlación razonable con los resultados obtenidos”.¹⁵

¹² OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. pp 22 y ss.

¹³ CNMV (2008). Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35., Ejercicio 2008. p. 59.

¹⁴ En el Libro Verde de la UE se consagra el principio de “cumplir o explicar” siendo las recomendaciones de los códigos de buen gobierno corporativo vinculantes pero flexibles en el modo de ser aplicado. La LSC solo obliga a las sociedades cotizadas a publicar un informe anual de gobierno corporativo explicando los motivos que justifican la no aplicación de determinadas recomendaciones para que los accionistas y los inversores puedan juzgarlos (540.4.6.º g) LSC).

¹⁵ Con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se obliga a las sociedades anónimas cotizadas a hacer público y con carácter anual un informe de gobierno corporativo y un informe sobre remuneraciones de los consejeros (art. 61 bis y ter de la LMV).

Como consecuencia, y tras la percepción de la complejidad e importancia que este debate tenía en la economía y la sociedad a nivel internacional, esta materia fue el foco del debate público dando lugar al actual Código de Buen Gobierno de sociedades cotizadas de febrero de 2015 aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV siguiendo con las Recomendaciones de la Comisión Europea.¹⁶

Algunas recomendaciones del Código unificado del 2006 se han positivizado por el artículo 529 de la LSC por lo que dejan de formar parte del actual Código de Buen Gobierno mientras que otras se han añadido como las de responsabilidad social corporativa.

En junio del 2020, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas ha sido actualizado tratando cuestiones como la diversidad de género en los consejos de administración, así como el establecimiento de controles para atajar los casos de corrupción atribuyendo a la comisión de auditoría la gestión y el control de riesgos no financieros.¹⁷

Dentro del nuevo Código de Buen Gobierno, la remuneración de los administradores se integra por:

El principio número 25 donde se prevé que la remuneración del consejo de administración debe ser “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”.

De este precepto se aprecia, por un lado, la necesidad de que el consejero obtenga una retribución de acuerdo a la función que desempeña (pues el cargo implica altas responsabilidades y dentro de las empresas del mismo sector, existe una alta competitividad de los consejeros por obtener la máxima retribución) y, por otro lado, la necesidad de garantizar la independencia para promover el interés social incorporando mecanismos de control y publicidad en el sistema de remuneración.

Las recomendaciones 56 a 64 sobre las remuneraciones de los consejeros, se centra, sobre todo, en la retribución variable y en los criterios que ésta debe de seguir. Dentro de las medidas más relevantes podemos señalar:

¹⁶ Recomendación de la Comisión Europea 2009/385/CE: “(...) La experiencia de los últimos años y la adquirida más recientemente con motivo de la crisis financiera ponen de manifiesto que las estructuras de remuneración se han hecho cada vez más complejas, demasiado centradas en los logros a corto plazo, y que en algunos casos han conducido a unos niveles de remuneración excesivos, no justificados por los resultados obtenidos”.

¹⁷ CNMV. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Revisado en junio de 2020.

Que los consejeros no ejecutivos queden excluidos de las retribuciones variables.

Que las políticas retributivas incorporen técnicas precisas para asegurar que las retribuciones guardan relación con el rendimiento del consejo y no aumenten únicamente por la evolución general de los mercados o del sector de la actividad. Para ello, los componentes variables de las remuneraciones¹⁸ deberían estar vinculados a criterios predeterminados y medibles considerando el riesgo asumido para evitar que los resultados en el corto plazo incrementen fácilmente sus retribuciones debiendo promover la sostenibilidad de la empresa incluyendo criterios no financieros que generen valor a largo plazo.

Que un porcentaje de la retribución variable esté vinculado a la entrega de acciones o instrumentos financieros y, una vez atribuidos, los consejeros no puedan transferir la propiedad de un número de acciones hasta que hayan transcurrido, al menos, 3 años. No será necesario respetar este plazo cuando el valor de mercado del precio de las acciones equivalga a dos veces su retribución fija anual.

Que se introduzca la cláusula contractual de reembolso (*clawback*)¹⁹ para exigir la restitución de los componentes variables de la retribución del consejero cuando no hayan estado relacionados con su rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos inexactos o falsos comprobados con posterioridad.

Que los pagos por resolución del contrato no superen el importe equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la sociedad haya comprobado que el consejero ha cumplido con los objetivos de rendimiento establecidos.

La principal novedad en esta materia tras la revisión del Código de buen gobierno es aclarar que en el límite del importe de dos anualidades de remuneración se incluyen los sistemas de ahorro a largo plazo, las indemnizaciones, las cantidades que se abonen por los pactos de no competencia y, de forma general, cualquier abono cuya obligación de pago surja por la extinción de la relación contractual, para evitar aumentar las cantidades percibidas por el consejero tras su cese.

¹⁸ Entrega de acciones, opciones o derechos sobre acciones, otros instrumentos financieros, sistemas de ahorro a l/p como planes de pensiones, sistemas de jubilación u otros sistemas de previsión social.

¹⁹ Sobre esto, Calero Guilarte, J. (2016): El reembolso por los Consejeros Ejecutivos de la Retribución Variable. Revista Lex mercatoria nº1. pp.113-119.

3. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Por primera vez, la remuneración de los administradores aparece regulada en la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 1951 donde en el artículo 74 se preveía su determinación en los estatutos.

Este mismo precepto se mantendrá en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente hasta el 2010 (LSA).²⁰

Sin embargo, para las sociedades de responsabilidad limitada, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) se establece en el artículo 66 el carácter gratuito del cargo de administrador a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema concreto de retribución.

Tras la derogación de ambas leyes por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), se unifican los criterios y el marco normativo para las sociedades anónimas y limitadas disponiendo el nuevo régimen de la remuneración de los administradores en los artículos 217 a 220 con una mayor influencia de la LSRL.

3.1. Características del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba la LSC antes de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo.

Antes de la reforma de 2014, la regulación de la remuneración de los administradores prevista en la LSC era muy deficiente. Tal y como dispone Roncero Sánchez podíamos sintetizarla en tres ejes fundamentales:²¹

En primer lugar, se preveía el principio de gratuidad del cargo del administrador en el art. 217.1 LSC, de tal modo que, para ser retribuido deberá determinarse en los estatutos sociales el sistema de retribución.

En segundo lugar, se diferencia el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, donde la remuneración será fijada por acuerdo de la junta general conforme a lo previsto en los estatutos (art. 217.2 LSC) con la limitación de la retribución basada en la participación de beneficios pues los estatutos deberán establecer el porcentaje máximo de la partición sin poder ser superior al 10% de los beneficios repartibles entre los socios.

²⁰ Artículo 130 LSA: “La retribución de los administradores **deberá ser fijada en los Estatutos**. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detrída 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 4%, o el tipo más alto que los Estatutos hayan establecido”.

²¹ Roncero Sánchez, A. (2018): “Alcance de la reforma del régimen aplicable a la retribución de los administradores de sociedades de capital”. pp.327 y ss.

En tercer lugar, en las sociedades anónimas, se regula la remuneración mediante participación en las ganancias donde sólo podrán ser detraídas de los beneficios líquidos y una vez cubierta la reserva legal y estatutaria (artículo 218.2). En cuanto a la remuneración mediante entrega de acciones, se exige estar previsto en los estatutos y su aplicación deberá ser por acuerdo de la junta general expresando el número de acciones, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones de referencia y el plazo de duración (art. 219 LSC).

Con respecto a las normas de transparencia aplicadas, no se permitía conocer la retribución percibida individualmente por cada uno de los miembros del órgano de gobierno y tampoco se distinguía entre los diferentes tipos de administrador por lo que se aplicaba a todos (administrador ordinario y consejeros delegado y ejecutivo).

Sin embargo, como consecuencia de la crisis financiera, con la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible, se aplicaron nuevas medidas para incrementar la transparencia y mejorar el gobierno corporativo en las sociedades cotizadas. En este sentido, la citada Ley introdujo un nuevo artículo 61 ter en la Ley del Mercado de Valores (LMV) imponiendo a las sociedades cotizadas el deber de formular anualmente un informe sobre las remuneraciones percibidas por el órgano de administración (de forma individualizada) siendo posteriormente aprobado por la junta general, aunque con carácter consultivo. Esta norma fue desarrollada por la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad 416/2013, de 20 marzo y por la Circular CNVM 4/2013, de 12 de junio (artículo 10).

Este régimen se complementaba, para las sociedades cotizadas, con las recomendaciones 35 a 41, 57 y 58 sobre la remuneración de los administradores del CUBG.²²

3.2. Teoría del vínculo

De este régimen anterior a la reforma del 2014 se derivaban ciertos problemas interpretativos.

Por un lado, se cuestionaba el órgano competente que debía determinar la retribución de los administradores, lo cual era claro para las sociedades de responsabilidad limitadas, pero generaba dudas para las SA. La doctrina entendía que era el órgano de administración el competente para fijar la cuantía de la retribución en base al artículo 209 de la LSC que atribuía a este órgano las funciones de gestión y representación, salvo que los estatutos reserven la competencia a la junta general.

²² Principalmente, establecen criterios para la determinación de la retribución de los consejeros por el Consejo de Administración como son: valorar la dedicación, cualificación y responsabilidad del cargo; relacionar los resultados de la sociedad; tener en consideración el informe del auditor externo. Para las retribuciones variables, deberán de guardar relación con el desempeño profesional y no por la evolución del mercado o sector e informar sobre la relación entre la retribución del ejercicio pasado y la actual teniendo en cuenta los rendimientos de la sociedad.

Esto es parte del problema expuesto al comienzo de este trabajo pues implica un conflicto de intereses propios de la “autocontratación” que se conseguía paliar con las recomendaciones del CUBG de 2013²³ actuando como garantía para la defensa del interés social, aunque en la práctica no son de obligado cumplimiento y como se ha comprobado después de la crisis pocas sociedades las aplicaron.

Sin embargo, el principal problema radicaba en determinar si la normativa del art. 217 de la LSC era aplicable a los todos los administradores independientemente de sus funciones o bien se excluían los consejeros ejecutivos por desempeñar funciones de dirección que generaban otro vínculo con la sociedad. Esto se traduce en que el cargo del consejero ejecutivo planteaba otro debate sobre la naturaleza del contrato entre el consejo de administración y el consejero, así como la compatibilidad entre la retribución estatutaria con la establecida en el contrato.

Por ello, se debía determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma de tal forma que, si todos los administradores quedan sometidos al sistema retributivo estatutario, solo hay una única relación jurídica del administrador con la sociedad (teoría monista o teoría del vínculo). Por el contrario, si se entiende que hay dos sistemas retributivos, existen dos relaciones del administrador con la sociedad: una de tipo orgánico como miembro del órgano de administración sometido al régimen del artículo 217 LSC por el desempeño de “funciones inherentes al cargo”, y otra de carácter laboral o mercantil fuera del control estatutario derivada de las funciones ejecutivas que no son inherentes al cargo de administrador (teoría dualista).

Pese a que este dilema sigue activo en la actualidad, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo comenzó aplicando la “teoría del vínculo”. Con esta teoría se defiende que el vínculo orgánico o societario absorbe al vínculo contractual de prestación de servicios (de carácter laboral o mercantil) por las funciones de dirección o gestión quedando en todo caso sometidas al régimen estatutario del artículo 217 LSC.²⁴

Lo que se pretende con esta incompatibilidad retributiva es someter el sistema de retribución del consejero ejecutivo a las garantías de control que la LSC

²³ A través de la Comisión de Retribuciones con la competencia de proponer y supervisar la política retributiva establecida por el Consejo de Administración (Recomendación 52 y 53), junto con el seguimiento de criterios, contenidos y garantías de transparencia del sistema de retribución (recomendaciones 33 a 36).

²⁴ V.gr. STS de la Sala Cuarta de lo Social, núm. 2889/1993, FD5: “En la sociedad anónima las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación, corresponden al órgano de administración de la misma, cualquiera que sea su forma. Por ello no es posible estimar que todo aquél que realiza funciones de dirección, gestión y representación en una empresa que revista la forma jurídica de sociedad, es necesaria y únicamente un trabajador de la misma, sometido al Derecho laboral. Por el contrario, esas actividades y funciones son, **las típicas y características de los órganos de administración de la compañía**, y las personas que forman parte de los mismos están vinculados a ésta por un nexo de clara naturaleza jurídico mercantil”.

otorga a los socios mediante la reserva estatutaria del sistema de retribución, así como evitar la aplicación del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) donde es muy clara la exclusión de la relación laboral por el desempeño del cargo de consejero.²⁵

Algunos autores, siendo el más destacado Paz-Ares,²⁶ son totalmente contrarios a la interpretación mantenida por la sala 1ª y 4ª del TS afirmando que existen dos relaciones que vinculan al consejero ejecutivo con la sociedad cuando la administración societaria adopta la estructura de consejo de administración.

De este modo, si se adopta una estructura simple (administrador único, dos administradores mancomunados o solidarios) se entiende que solo existe un único título retributivo pues las funciones de dirección, gestión, administración y representación son inherentes a tales cargos.

El problema radica en los supuestos donde el órgano es un consejo de administración pues en este caso cabe distinguir entre “administradores ordinarios” con funciones de deliberación o de control y supervisión frente a las facultades ejecutivas y de delegación de los consejeros escogidos dentro del Consejo de administración siendo que en este caso sí se cumple con los requisitos que la relación laboral requiere en base al artículo 1.3 c) ET. Así, hay dos relaciones jurídicas compatibles, por un lado, una “relación básica” derivada de su nombramiento como miembro del consejo por la junta y una relación añadida o superpuesta derivada de la delegación de facultades acordada por el consejo de administración que regula su actividad de ejecutivo.

Según Paz-Ares, la primera sería un contrato civil de mandato mientras que la segunda sería un contrato laboral de alta dirección cumpliendo con las características de ajenidad y dependencia, aunque, como se ha expuesto, el problema no trata de analizar la naturaleza de ambos si no que uno queda absorbido por el otro, cuando se acepta la delegación de funciones ejecutivas pues como tal este contrato no tiene autonomía.

Por ello, según este autor no hay incompatibilidad en la aplicación del artículo 1.3 c) ET al contrato del consejero ejecutivo pues solo excluye de su aplicación a los administradores que “su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a su cargo” quedando excluidos los consejeros ejecutivos cuyas funciones no son inherentes al cargo de administrador ordinario.

²⁵ Artículo 1.3.c) ET: “Se excluyen del ámbito regulado por esta ley: La actividad que se limite, pura y simplemente, **al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración** en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”.

²⁶ Paz-Ares Rodríguez, C: (2008):” El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, Indret, 1/2008.

Este sector doctrinal,²⁷ justifica su postura en las recomendaciones 8b) (ii) y 35 d) del CUBG²⁸ que reservan al pleno del Consejo de administración la aprobación de la retribución y demás condiciones del contrato con el consejero ejecutivo (tras la reforma de 2014, previsto en el art. 249 bis. g) e i) LSC).

Por otro lado, también se justifica en la propia práctica societaria, denominando la regulación del art.217 LSC por Paz-Ares como una “norma perversa”, es decir, aquella norma “generalmente incumplida y generalmente inaplicada, que eventualmente se aplica”²⁹ pues es cierto que la aplicación de la norma se produce en casos concretos, normalmente, cuando el consejero ejecutivo reclama el pago de la indemnización por cese establecida en el contrato que reconoce retribuciones adicionales a las estatutarias. Sin embargo, en la normalidad de los casos, el directivo podría cobrar todo lo previsto en sus contratos paralelos.

La solución a esto, por lo general, ha sido la inclusión en los estatutos de que los consejeros ejecutivos tienen derecho a una retribución adicional a la que perciben los consejeros ordinarios.

Por otro lado, el contenido indeterminado de los estatutos acerca del régimen retributivo llevó a una interpretación de la DGRN y del Tribunal Supremo muy estricta con el objetivo de proteger a los socios y evitar que se produzcan cambios en el sistema de remuneración sin pasar por la junta general o sin estar establecidos en los estatutos sociales. Así, en la STS de la Sala de los Contencioso- Administrativo de 13 de noviembre de 2008, se refuerza la teoría del vínculo, exigiendo que el sistema de retribución permitiese determinar con total certeza la remuneración de los administradores, de forma que la cuantía de la retribución se fije en la **reserva estatutaria**.³⁰

²⁷ Ruiz Muñoz, M. (2015): “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: Libertado, transparencia y control (La modificación de la LSC por la Ley 31/1014 y el ALCM)”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893; Cabanas Trejo, R. (2015): “La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”. *Diario La Ley*; Roncero Sánchez, A. (2016): “La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital”. *Revista de Derecho Social y Empresa*; Juste Mencía, J.; Campinas Vargas 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*. Núm. 53. Thomson Reuters.

²⁸ Artículo 8.b.ii del Código Unificado de 2006: “(...). Y que, a tal fin, el Consejo en pleno se reserve la competencia de aprobar: La retribución de los consejeros, así como, en el caso de los ejecutivos, la retribución adicional por sus funciones ejecutivas y demás condiciones que deban respetar sus contratos”.

Artículo 35: “Que la política de retribuciones aprobada por el Consejo se pronuncie sobre (...): Importe de los componentes fijos y una estimación de la retribución fija anual. b. Conceptos retributivos de carácter variable (...)”.

²⁹ Paz-Ares Rodríguez, C. (2008): “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos” *op.cit.* pp.62.

³⁰ STS de 13 de noviembre de 2008 FD 9: “(...) no admite lugar a equívocos, a efectos tributarios, para que sea considerada gasto fiscalmente deducible la remuneración de los miembros del

4. ALCANCE DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA LSC A PARTIR DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

Sin perjuicio de la reforma de la LMV ya mencionada, en ese mismo periodo, se apreciaba un crecimiento progresivo de las remuneraciones de los administradores, sin corresponderse con la evolución de los resultados de la sociedad ni con la cotización de sus valores, suponiendo un claro fracaso en la autorregulación de las recomendaciones del CUBG. Estaba claro que, además de la transparencia que el art. 61 de la LMV exigía, era necesario positivizar otras recomendaciones del CUBG y crear un marco legislativo homogéneo sobre la remuneración de los administradores; reforma que se llevó a cabo a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

De este modo, en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 31 de diciembre (apartado VI), se expone como una “novedad especialmente relevante” la regulación de la remuneración de los administradores debido a la creciente preocupación de diversos organismos internacionales por reflejar en las remuneraciones de los administradores la evolución real de la empresa respetando los intereses de la sociedad y sus accionistas.

Tras la reforma se consigue incrementar la transparencia en los órganos de administración de las sociedades cotizadas, así como la actuación por parte de la junta general de socios protegiendo sus intereses. Sin embargo, el problema interpretativo se traslada a la determinación del sistema de retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas en las sociedades no cotizadas.

Por ello, para analizar esta reforma será necesario distinguir entre sociedades cotizadas y no cotizadas; y dentro de estas últimas diferenciar, por un lado, el régimen de los administradores “en su condición de tales”, es decir, con funciones deliberativas y, por otro lado, los administradores ejecutivos con funciones de gestión.

4.1. Influencia de la normativa extranjera en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre

Desde la cumbre del G20 en septiembre de 2009 se puso de manifiesto la preocupación sobre la política de remuneración de las entidades financieras proponiendo nuevas reglas sobre la materia.

A nivel internacional surgen problemas homogéneos a raíz de los numerosos escándalos sobre las desorbitadas remuneraciones de los CEOs. El principal problema radica en la vinculación de las remuneraciones variables a los objetivos a corto plazo (cotización o volumen de ventas en fecha determinada) desatendiendo los de largo plazo y asumiendo unos riesgos excesivos. Además, las indemnizaciones por cese del administrador no tenían en cuenta la situación de la sociedad y, a excepción de los casos de incumpliendo grave que eran muy difíciles de probar, lo normal era que la propia empresa contratara un seguro en beneficio de los consejeros por la responsabilidad civil en la que pudieran incurrir.

Consejo de Administración debe estar fijada, en todo caso y sin excepción alguna, en los estatutos de la sociedad”.

En Alemania, se aprueba en el 2009 la Ley sobre proporcionalidad de la retribución de los miembros de la dirección de las SA atribuyendo al “consejo de vigilancia” los deberes de control y adecuación de las remuneraciones pudiendo incluso darse la facultad de reducir las cantidades de las remuneraciones.

Se introducen criterios generales con un alto grado de indeterminación³¹ como el criterio de proporcionalidad de la retribución debiendo ser “adecuada” y la “habitual” en función del rendimiento de los consejeros y la situación económica. Sin embargo, lo más novedoso será incluir un límite máximo en determinadas situaciones dirigida a la parte variable de la remuneración de acuerdo a determinados parámetros (para evitar que cuando se dispare puntualmente las cotizaciones no implique directamente un aumento del rendimiento del consejero).

Por otro lado, también se establece el deber (no facultad) de reducir la remuneración pactada en momentos de crisis sin ser necesario que se den situaciones de insolvencia por acuerdo del consejo de vigilancia (estableciendo otros indicativos como despedir trabajadores, reducción de salario o imposibilidad de repartir dividendos entre los accionistas o por resultados imputables a la actuación del consejero que no llega a incurrir en responsabilidad civil) aunque sin efectos retroactivos.³²

En EEUU se aprobó el 5 de enero de 2010 el Dodd-Frank Wall Street Reform and Costumer Protection Act. Se establece la regla “say on pay” con el objetivo de informar periódicamente a los accionistas sobre la remuneración de los ejecutivos como punto separado del orden del día (seguido por la legislación española en el art. 61 ter 2 LMV). Por ello, se atribuye la competencia de aprobar el sistema de remuneración al menos cada 3 años a la junta de accionistas previa propuesta de la “comisión independiente”.³³

Siguiendo este modelo, en el Reino Unido surgió un movimiento en el 2010 denominado como “Shareholder’s spring” reclamando aprobar el sistema de remuneración por la junta general siendo finalmente positivizado en la *Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013*.³⁴

Por último, podemos destacar el caso particular de Suiza donde éste debate desembocó en un referéndum en marzo del 2013 para limitar el salario a los directivos de las sociedades de capital cotizadas siendo los accionistas en la junta general los que determinen su remuneración prohibiendo incluso que los órganos directivos reciban una indemnización por cese.

³¹ Al igual que en la legislación española tras la reforma 31/2014: el artículo 217.4 de la LSC se refiere a la “proporción razonable”, “situación económica”, “importancia de la sociedad”, “evitar la asunción excesiva de riesgos”, entre otros.

³² Schönnebeck, P. Recalde Castells (2010): La Ley alemana sobre proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas. Revista de derecho mercantil Núm.277. Aranzadi Thomson Reuters.

³³ Public Law 111-203-july 21, 2010. Sec.951-957- Subtitle E: “Accountability and Executive Compensation”. [en línea]: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>.

³⁴ Chapter 4A, 226B Remuneration payments: “The approved directors’ remuneration policy is the most recent remuneration policy to have been approved by a resolution passed by the members of the company in general meeting”.

4.2. Régimen de la remuneración de los administradores con carácter general para todas las sociedades de capital

En primer lugar, debemos señalar que la reforma introducida por la Ley 31/2014 no su pondrá modificaciones novedosas para las formas personales de administración pues las funciones ejecutivas son propias de los administradores en este tipo de organizaciones. Sin embargo, en una administración regida por un órgano colegiado (consejo de administración) será necesario distinguir entre administradores con funciones de deliberación y supervisión frente a otras ejecutivas y representativas.³⁵

El artículo 217 LSC bajo la rúbrica de la “remuneración de los administradores”, establece el sistema general aplicable a los administradores “en su condición de tales” siendo el precepto que dará lugar a las disputas sobre la obligatoriedad de la reserva estatutaria en función del cargo desempeñado por el administrador.

El apartado 1 del artículo 217 LSC recoge el régimen general de la retribución de los administradores estableciendo el carácter gratuito del cargo salvo determinación estatutaria de lo contrario, determinando el sistema de remuneración.³⁶ Este principio ha sido defendido por el TS con el objetivo de proteger a los accionistas del posible enfrentamiento de intereses entre éstos y el administrador³⁷.

El apartado 2 del artículo 217 LSC desarrolla un catálogo de posibles sistemas de retribución a percibir por los administradores en *su condición de tales* siendo compatibles la asignación fija con la retribución variable que podrán consistir, entre otros (*numerus apertus*) en participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

Además, el apartado 3 del citado artículo, establece unos límites a este sistema de retribución siendo que “el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en *su condición de tales* deberá ser aprobado por la junta general. Y, salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero”.

³⁵ Díez Esclapez, R. (2015): “Remuneración de administradores en formas personales de administración social”. RLM nº1, artículo 6º. Alicante.

³⁶ Continuando con el criterio establecido en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y por la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el artículo 66.

³⁷ STS 412/2013, de 18 de junio FD 3: “la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles.”

Por consiguiente, este último apartado parece atribuir la competencia para determinar los importes exactos de las remuneraciones a los administradores o al consejo de administración sin necesidad de aprobarlo en los estatutos. Además, para concretar la retribución de los administradores se establece un límite impuesto por la junta general sobre la cuantía máxima anual.

Este importe máximo se refiere a los administradores en *su condición de tales* por lo que parece quedar al margen la remuneración de los consejeros ejecutivos pues tienen una regulación específica en el artículo 249 LSC).

Por último, el apartado 4, establece que la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable y estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad. Tal como establece, Ruiz Muñoz³⁸, podemos dividir estos criterios en dos: un criterio de proporcionalidad razonable y otro teleológico de sostenibilidad a largo plazo.

La proporcionalidad razonable, se extrae de la Ley alemana sobre proporcionalidad de las SA ya mencionada. Se trata de exigir que la retribución sea adecuada y, a diferencia de la ley alemana, aunque no se mencione el carácter “habitual” de la retribución, se entiende implícito en la comparación con los estándares de mercado de las empresas del sector. Esta proporcionalidad se determina en base a tres parámetros: importancia de la sociedad, situación económica de cada momento y estándares de mercado de empresas comparables.

El criterio teleológico implica la persecución de tres finalidades del sistema de retribución: una en sentido positivo, con un sistema orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad y otras dos en sentido negativo, que imponen la adopción de medidas cautelares para evitar asumir riesgos excesivos y la recompensa de resultados desfavorables.

Este criterio es fundamental para el gobierno corporativo pues trata de evitar que los sistemas de retribución de los administradores incentiven los objetivos cortoplacistas que buscan generar mayores rendimientos en sus retribuciones de carácter variable.

El artículo 218 LSC establece una limitación a la remuneración mediante la participación en beneficios debiendo determinarse en los estatutos la participación o porcentaje máximo siendo que en las SL no podrá ser superior al 10 % de los beneficios repartibles entre los socios, y en las SA la participación solo podrá ser de los beneficios líquidos una vez cubiertas las atenciones de reserva legal y estatutaria y, de haber concedido a los accionistas un dividendo, del 4 % del valor nominal de las acciones.

Finalmente, el artículo 219 LSC, regula el supuesto en que el sistema de remuneración incluya la entrega de acciones u opciones o retribuciones referidas a tal valor siendo necesario previsión estatutaria y acuerdo de la junta general de accionistas concretando el número máximo de acciones, el precio de ejercicio y el plazo de duración.

³⁸ Ruiz Muñoz, M. (2015): “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: Libertado, transparencia y control (La modificación de la LSC pro la Ley 31/1014 y el ALCM)”. pp.882 y ss.

4.3. Régimen de la remuneración de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas: ¿Fin de la teoría del vínculo?

La principal novedad en esta materia es crear un régimen jurídico diferenciado para la remuneración de los administradores miembros del consejo de administración con funciones ejecutivas o de dirección poniendo fin al debate doctrinal surgido por la teoría del vínculo diferenciando dos títulos remunerativos del consejero ejecutivo:

1. Régimen general por la relación del administrador *en su condición de tal*: la remuneración se somete al régimen del artículo 217, 218 y 219 LSC.
2. Régimen especial por la relación del administrador como consejero ejecutivo: sujeto al artículo 249.3 y 4 LSC (contrato aprobado por mayoría reforzada del consejo de administración y en ningún caso sometido a la reserva estatutaria ni a la aprobación por la junta del importe máximo de remuneración).

Aunque no se define como tal, el concepto “consejero ejecutivo” o “consejero delegado” podemos encontrarlo en el artículo 529 duodécimo sobre categorías de consejeros siendo éste el que desempeña “alguna función de dirección más allá de las funciones de gestión y supervisión básicas”.

Cuando la administración de la sociedad tiene la forma de administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios, las funciones ejecutivas se entienden inherentes al cargo por lo que no se plantean dudas en el régimen que regula el sistema de retribución de los consejeros aplicándose de forma cumulativa el art. 217 a 219 y 249 LSC.

Partimos por lo tanto del art. 249.3 y 4 de la LSC donde se establece un régimen específico para los consejeros ejecutivos cuando haya consejo de administración.

El apartado 3 del artículo 249 exige la celebración de un contrato entre el consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación.

Esto generaba dudas sobre la compatibilidad entre la gratuidad del cargo de administrador y la necesaria celebración de un contrato con el consejero ejecutivo. Tras la reforma de 2014 de la LSC, solo cabe la interpretación de que la gratuidad del cargo establecida en los estatutos es aplicable para el administrador genérico mientras que el consejero ejecutivo alcanzaría la remuneración contractual del 249 LSC por desempeñar funciones que no son inherentes al cargo de administrador.

El apartado 4 del artículo 249 establece el contenido del contrato indicando claramente que se detallarán todos los conceptos de la retribución por el desempeño de las funciones ejecutivas incluyendo la eventual indemnización por cese anticipado de dichas funciones, las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro, y de contribución a sistemas de ahorro. Además, el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

Finalmente, se establece un límite debiendo el contrato ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general, aunque nada se dispone sobre el límite máximo anual aprobado por esta. Se refuerza así la teoría dualista o del doble título de retribución apoyada por la DGRN siguiendo la postura de Paz Ares formulada con anterioridad a la reforma de la LSC.³⁹

Este sector mayoritario de la doctrina⁴⁰, entiende que son dos regímenes diferenciados siendo que, en el supuesto de consejo de administración, la retribución satisfecha por el desempeño de funciones ejecutivas no se aplica el art. 217 LSC (no es cargo gratuito, no se exige la previsión estatutaria del sistema de retribución ni se somete al importe máximo de retribución aprobado anualmente por la junta general). Sin embargo, sí parece lógico aplicar los principios de proporcionalidad razonable y los fines del sistema de remuneración del apartado 4 del art. 217 aunque los art. 218 y 219 generan más dudas, pero sería lógico aplicarlos pues la remuneración de los consejeros ejecutivos es principalmente variable.⁴¹

Del nuevo régimen se deriva una falta de transparencia en las sociedades no cotizadas pues tampoco es obligatorio el Informe anual sobre remuneraciones de los consejeros del artículo 541 LSC de forma que la información debe incluirse únicamente en la memoria como parte de las cuentas anuales quedando los accionistas en una situación de desprotección en comparación con las cotizadas.

En todo caso, hay que tener en cuenta los parámetros del artículo 217.4 LSC pues procura la adecuación de la remuneración de los administradores a la situación económica de la sociedad, la importancia de esta y sus comparaciones con otras empresas del sector cumpliendo al mismo tiempo con los objetivos a largo plazo de rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo evitando que se recompensen resultados desfavorables.

³⁹ V.gr. Resolución 17 de junio de 2016 de la DGRN: “La función ejecutiva no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. (...) La retribución debida por la prestación **de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero**. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital)”.

⁴⁰ Alfaro Águila-Real, J. (2018) La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales. Blog Almacén de derecho. Mar 5, 2018: “En cuanto a las competencias indelegables, no hay ni una sola que implique la celebración o ejecución de contratos o de negocios jurídicos, (...) todas ellas van referidas a “asuntos internos” y las que se refieren al desarrollo del objeto social en el mercado, son simplemente de “supervisión” y fijación de las directrices a las que deben atenerse los ejecutivos.(...) las funciones ejecutivas han de ser asignadas necesariamente a alguno de los individuos que forman parte del órgano, de modo que **no son inherentes a la condición de miembro del órgano sino dependientes de la designación correspondiente**.”

⁴¹ Aunque hay otro sector minoritario que entienden aplicable de forma cumulativa el art. 217 y el art. 249 LSC como Fernández del Pozo, L. (2015): “El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma.” Revista de Derecho Mercantil num.297/2015; Guerrero Trevijano, C. (2018): La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (a propósito de la STS 26 de febrero de 2018). La ley digital. Wolters Kluwer.

5. SENTENCIA 98/2018 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 26 DE FEBRERO DE 2018

El debate doctrinal sobre la remuneración de los administradores con cargos ejecutivos en las sociedades no cotizadas vuelve a surgir tras la STS del 26 de febrero de 2018, suponiendo un giro radical en la interpretación mantenida por la DGRN desde la reforma del 2014.

Desde la reforma del 2014 se consideraba que existían dos tipos retributivos: por un lado, la remuneración correspondiente a las funciones inherentes al cargo de administrador (funciones deliberativas), que debe constar en los estatutos y, por otro lado, la retribución correspondiente a las funciones adicionales ejecutivas que se dan cuando, además de su condición de administrador, un consejero es nombrado consejero delegado, director general, gerente u otro, debiendo regularse en un contrato celebrado entre dicho consejero y el consejo de administración en base al procedimiento del art. 249 LSC.

Esta Sentencia, vuelve a reabrir el debate sobre el órgano competente para fijar la retribución del consejero ejecutivo pues se discute si corresponde al Consejo de Administración o bien de la junta general cumpliendo con el principio estatutario y los demás controles y garantías del régimen general del art. 217 LSC.

La DGRN junto con la Audiencia Provincial de Barcelona había interpretado que las disposiciones del art. 217 LSC (principio de reserva estatutaria y aprobación de la junta del importe máximo de retribución) no se aplican a los consejeros ejecutivos quedando sujetos únicamente al art. 249 LSC. Sin embargo, el TS entiende que ambos regímenes no son alternativos (uno general y otro especial) sino que se aplican **con carácter cumulativo** (art. 217 LSC + art. 249 apartados 3 y 4). Por tanto, la remuneración de los consejeros ejecutivos debe estar prevista en los estatutos, dentro de los límites máximos impuestos por los socios, regirse por las reglas establecidas en el art. 217 LSC y siguientes y, además, plasmarse en un contrato que cumpla con todas las exigencias de los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC.⁴²

El caso que resuelve la sentencia del TS surge por la negativa de un Registrador Mercantil de inscribir una cláusula estatutaria donde se establecía que: “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 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital”.

En este caso el Registrador entendía que la determinación del cargo de administrador como gratuito condicionaba a la retribución del consejero ejecutivo de tal forma que vulneraría el principio de reserva estatutaria dado que “tanto la

⁴²Osma, L. (2018): “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del TS de 26 de febrero de 2018.” Actualidad jurídica Uría Menéndez. [en línea]:

https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5811/documento/foro_esp_10.pdf?id=7887

existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores, son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, (...) cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración (...).⁴³

La sociedad recurrió esta resolución del Registrador apoyándose en el nuevo régimen de la LSC donde se había consagrado la dualidad retributiva de los administradores de la sociedad no siendo un requisito necesario la previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de consejero con funciones ejecutivas.⁴⁴

El Juzgado de lo Mercantil ante el que se interpuso la demanda, desestimó esta petición proclamando la aplicación del principio de reserva estatutaria mientras que la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación aceptando la dualidad de regímenes retributivos. Posteriormente, el Registrador presentó un recurso de casación apoyando su postura interpretativa de la Ley 31/2014 en la LSC siendo los requisitos del régimen retributivo cumulativos y no excluyentes en los arts. 217 y 249 LSC.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación reconociendo que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ha generado una cuestión controvertida y se posiciona contrario a la doctrina que ha establecido la DGRN sobre esta cuestión y por lo tanto, contra las conclusiones de la Audiencia Provincial.

El TS comienza recordando la interpretación de la Ley conforme al art.3.1 del Código Civil “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Por ello, podemos dividir la argumentación jurídica en una interpretación gramatical de la ley y, por otro lado, una interpretación finalista de la misma.

Siguiendo la interpretación gramatical y sistemática, el artículo 217 LSC no se considera que regule exclusivamente la remuneración de los administradores *en su condición de tales* ni el artículo 249.3 y 4 LSC exclusivamente la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos de modo que “la exigencia de previsión estatutaria no afecte a la remuneración de estos últimos ni se precise acuerdo alguno de la junta general en los términos previstos en el art. 217 TRLSC”.

El art. 217 LSC se titula “remuneración de los administradores” y su primer apartado habla del “cargo del administrador” sin referirse en concreto a los ordinarios por lo que la reserva estatutaria es aplicable a todos los administradores.

Por consiguiente, el pilar fundamental es interpretar los requisitos del artículo 217 y 249 LSC **de forma cumulativa** y no aleatoria exigiendo la reserva estatutaria del carácter retributivo del cargo de administrador.

Por otro lado, la expresión de “administradores en su condición de tales” en los apartados 2 y 3 del artículo 217 LSC debe interpretarse de forma contraria a la Audiencia Provincial y la DGRN.

⁴³ Artículo 19 bis de la resolución negativa del registrador.

⁴⁴ Siguiendo el criterio adoptado por la resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016.

Las funciones que desempeña el administrador, ya sean facultades deliberativas o ejecutivas, se consideran inherentes a su cargo y, por consiguiente, la expresión “en su condición de tales” engloba todas estas funciones. De ahí que el art. 209 LSC prevea, con carácter general, que “es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley” (FD 6, párrafo 4º).⁴⁵

Además, desde un punto de vista sistemático, la mayoría de los conceptos retributivos del sistema de remuneración de los administradores que no sean consejeros delegado o ejecutivos no concuerda con los sistemas de remuneración del artículo 217.2 que son los propios de los consejeros ejecutivos (participación en beneficios, retribuciones variables, indemnizaciones por cese y sistemas de ahorro o previsión) y, por consiguiente, propios de los administradores “en su condición de tales”.

Por otro lado, los elementos retributivos de participación en beneficios y la remuneración mediante acciones, están desarrollados en los artículos 218 y 219 LSC respectivamente, siendo los “típicos conceptos retributivos de los consejeros delegados o ejecutivos”. En ambos preceptos está previsto la reserva estatutaria y la intervención de la junta general mediante la adopción de un acuerdo.

El art. 249.3 y 4 LSC prevé que cuando un miembro del consejo de administración es nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, donde se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas.

En este sentido, el art. 249.bis.i) LSC prevé como una de las facultades que el consejo de administración que no puede delegar “las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro **del marco estatutario** y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general”. De este modo, el TS justifica una cierta autonomía del consejo de administración en la distribución de la retribución del consejero ejecutivo, pero sin dar lugar a la huida de la reserva estatutaria y a la política de remuneraciones.

En segundo lugar, el TS realiza una Interpretación teleológica o de justicia material pues se justifica la interpretación apelando al propio espíritu de la reforma de la Ley 34/2011 con el objetivo de mejorar la transparencia del sistema de remuneración y evitar el conflicto de intereses dentro de la sociedad.

El Tribunal afirma que la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos es la más importante entre los distintitos consejeros y, por ello no deberían de escapar de la previsión estatutaria pues “la mayoría de estos criterios solo cobran

⁴⁵ El TS vuelve a invocar la teoría del vínculo: “En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al interpretar el art. 1.3.c del ET(...) Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas”.

verdadera trascendencia práctica si se aplican a las remuneraciones de los consejeros delegados o ejecutivos”.

Por otro lado, el TS justifica que aceptar la interpretación de la Audiencia Provincial supone, “comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afecta negativamente a los derechos de los socios especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel jugado por la junta general”.

De tal forma que entender un régimen de retribución general para los administradores en su condición de tal y otro especial para los consejeros ejecutivos, tendría consecuencias que no serían coherentes con los objetivos detallados en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, entre los que estarían “reforzar el papel de la junta general y abrir cauces para fomentar la participación accionarial”.

El TS acaba concluyendo con su interpretación del régimen de retribución de los consejeros ejecutivos establecido por la LSC para las sociedades no cotizadas estructurándolo en “tres niveles”:

En primer lugar, los estatutos sociales deben establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo y, de darse este último caso, deben fijar el sistema de retribución que puede ser uno o varios de los previstos de forma ejemplificativa por el *numerus apertus* del art. 217.2 LSC.

En segundo lugar, la junta general mediante acuerdos debe aprobar cada tres años el importe máximo de remuneración anual de los administradores (art. 217.3) sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo más amplio o apruebe una política de remuneraciones (249.4. II, 249.bis.i).

Asimismo, en base al art. 161 LSC⁴⁶ la junta general puede impartir instrucciones al órgano de administración y someter a votación las decisiones adoptada por éste en materia de retribución de los consejeros. Además, se regulan unas intervenciones concretas de la junta general en los arts. 218.1 y 219 LSC.⁴⁷

En tercer lugar, los propios administradores deben decidir sobre la distribución de la retribución entre los distintos administradores salvo que la junta determine otra cosa (217.3 último apartado LSC), siguiendo los criterios de proporcionalidad razonable del art. 217.4 LSC.

Cuando dentro del consejo de administración se designe uno o varios consejeros delegados o ejecutivos, la determinación de todos los conceptos retributivos por el desempeño de funciones ejecutivas se realizará necesariamente mediante el contrato regulado en el art. 249.3 y 4 LSC. La celebración de este contrato, a juicio del Tribunal, permite concretar la remuneración del consejero y, al mismo

⁴⁶ Artículo 161 LSC: “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión”.

⁴⁷ El art. 218.1 LSC prevé la intervención de la junta para determinar el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales cuando se prevea la participación en los beneficios como concepto retributivo. El art. 219 LSC prevé la intervención de la junta para determinar el número máximo de acciones a asignar en cada ejercicio, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio cuando exista la previsión estatutaria de la entrega de acciones o de opciones sobre acciones como sistema de remuneración de los administradores.

tiempo, ser el medio adecuado para que éste muestre su consentimiento con las condiciones del cargo sustanciándose así la relación entre el consejero ejecutivo y la sociedad.

De esto se deriva que el cargo de consejero no surge por el nombramiento orgánico por la junta (nombra consejero) y del consejo (que delega en él las funciones) sino que se dará con este negocio jurídico bilateral en el que se detallan los términos y condiciones particulares en conformidad con el sistema de retribución previsto en los estatutos.⁴⁸

Tras la aclaración del régimen para la determinación del sistema retributivo de los consejeros delegados o ejecutivos, el TS inventa un criterio interpretativo de la reserva estatutaria de forma “menos rígida y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se habían planteado en el TS y en la propia DGRN” (FD 6, párrafo 23).

Esto es así porque la atribución al consejo de administración de esta competencia supone el reconocimiento de una cierta autonomía (art. 249 bis. i) LSC) que es regulada con carácter principal en el art. 217 LSC, es decir, dentro del marco estatutario y, dentro del límite del importe máximo de remuneración anual aprobado por la junta general. Esta flexibilización que pretende el TS, y que generará una cierta inseguridad jurídica, tiene como objetivo “permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales”.

El resultado final de esta argumentación es que la cláusula es contraria a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ya que dejar abierta la posibilidad de fijar una retribución para los consejeros delegados es contradictoria con el carácter gratuito del cargo de administrador que se expresa en la misma cláusula pues se entiende comprendida dentro de las funciones del administrador siendo también contraria a la Ley la exclusión expresa del acuerdo de la junta que fije el importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores por el ejercicio de su cargo.

Todo este debate se reduce a que el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades no cotizadas tiene que cumplir, por un lado, con el

⁴⁸ En síntesis, el art. 249 LSC contiene las especialidades aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos, que “deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales.” (STS 26 de febrero de 2018, FD 6, párrafo 21).

principio estatutario y adecuarse a la política de retribuciones establecidas por la junta general y, por otro lado, cumplir con el límite del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores.

5.1. Nuevas posturas y resoluciones de la DGRN

Desde el punto de vista doctrinal, como era de esperar, Paz-Ares, que ya se posicionó contra la doctrina del vínculo antes y después de la reforma de la Ley 31/2014, entiende que esta sentencia vuelve a una interpretación fuera de la realidad.⁴⁹

Este autor apela al sistema de gobierno de este tipo de sociedades basadas en una “estructura piramidal”: en la base se encuentran los accionistas con la función constitucional de inversión, en el centro de la pirámide se halla el consejo de administración con la función política de supervisión y, en el tope está el equipo de dirección de la empresa donde se encuentra un administrador ejecutivo con la función de gestión. Esta estructura implica un reparto de competencias diferente al de una sociedad sin consejo de administración y justifica la distribución diferenciada de las competencias en materia de retribución de administradores.

Es una competencia encuadrada dentro de la política de supervisión, y en esa medida corresponde a la junta en sociedades con formas de administración simple en base al art. 217 LSC y al consejo de administración en base al art. 249 y 249 bis i) y g) LSC. Por lo tanto, la retribución del equipo ejecutivo es “indisociable del contenido estratégico inherente del consejo”.

Paz-Ares concluye reafirmando, contra la sentencia del TS, que el artículo 249 LSC constituye una auténtica ley especial coherente con la práctica y la realidad societaria reflejando “un proceso natural de diferenciación de categorías y el descubrimiento gradual por parte del legislador de esa diferenciación”.

Por lo tanto, el tema clave donde este sector doctrinal⁵⁰ disiente es la interpretación de la Ley 31/2014 que deja las modificaciones sin efecto, ignorando directamente la expresión “en su condición de tales” repetida en varios de sus preceptos.

Además, también critican la referencia del Tribunal al apartado i) del art. 249.bis y la ausencia del apartado g) del mismo precepto (que establece como facultad indelegable del consejo la consistente en el nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato). La postura de este sector doctrinal, es entender que el apartado i) se circunscribe a los consejeros no ejecutivos (teniendo en cuenta

⁴⁹ Paz-Ares, C. (2018) *Perseverare diabolicum* (a propósito de la STS 29-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos): “(...) Vuelve así el Tribunal Supremo a incurrir en el pecado original de la doctrina del vínculo reiterando su negativa a admitir la diferenciación legal de dos categorías de consejeros (ordinarios o “como tales” y ejecutivos) que justifica la dualidad del régimen retributivo, implícita o apuntada ya en el art. 1.3 ET y explícita o consagrada en la ley de sociedades y, desde luego, absolutamente innegable para cualquier observador de la realidad.

⁵⁰ Juste Mencía, J.; Campinas Vargas 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”. Núm. 53.; Alfaro Águila-Real, J. (2018): “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”. Blog Almacén de derecho. Mar 5, 2018.

el marco estatutario), y que el apartado g) se refiere a la remuneración de los consejeros ejecutivos.⁵¹

Una postura intermedia sería la de Roncero Sánchez⁵², que entiende esta controversia como una propia deficiencia técnica del régimen legal creando una “paradoja” pues el objetivo de la reforma 31/2014 era la protección de los socios de las sociedades cotizadas, y ahora plantea un problema de desprotección de los socios de las no cotizadas.

En opinión de este autor, el problema se hubiera solventado si junto al régimen de administradores en general se hubiera establecido claramente la excepción a la regla general en el supuesto de retribución de los consejeros delegados y ejecutivos dentro del órgano del Consejo de administración, siendo éste el que deba fijar la retribución sometido a un control o límites específicos que protegieran a los socios y que garantizaran la transparencia como las que existen en el ámbito de las cotizadas.

La DGRN en sus posteriores resoluciones se ha mantenido en su postura apoyándose en el criterio de flexibilidad con el que concluye la STS de 26 de febrero de 2018 intentando cumplir con los dos requisitos claves del límite máximo anual aprobado por la junta general y la reserva estatutaria del cargo. Además, esta doctrina se apoya en que la interpretación prevista en la sentencia del TS todavía no ha creado jurisprudencia por lo que pueden desvincularse de este criterio.

En la resolución de 8 de noviembre de 2018 se debate la negativa de la Registradora a inscribir el nombramiento de un Consejero Delegado pues al celebrarse un contrato entre el consejo de administración y el consejero delegado, la registradora entiende que el cargo es retribuido sin que en los estatutos se hubiera determinando un sistema de remuneración. La DGRN estima el recurso y revoca la calificación impugnada por entender que el sentido literal del art. 249 LSC permite establecer el sistema de remuneración en el contrato entre el consejero delegado y el consejo de administración habiendo cometido la Registradora un error al presuponer el carácter retribuido del cargo.⁵³

⁵¹ De Osmá, L. (2018): “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez.

⁵² Roncero Sánchez, A. (2017): “Alcance de la reforma del régimen aplicable a la retribución de los administradores de sociedades de capital”. Pp. 345 y ss.

⁵³ Resolución DGRN de 8 de noviembre de 2018: “Del contenido literal del apartado 3º del artículo 249, se desprende la existencia de la obligación de celebrar el contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad – accesorio de la relación orgánica de dicho administrador con la sociedad– podrá tener por objeto no solo la previsión de determinadas cuestiones económicas (como, por ejemplo, indemnizaciones o resarcimiento de ciertos gastos en que incurra el administrador) sino la regulación de otros extremos propios de la relación orgánica del administrador o de su situación jurídica (concreción de determinadas obligaciones –por ejemplo, cláusulas de permanencia–, o de las consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo, etc.). Por este solo motivo debe ya entenderse que la calificación impugnada no está fundada en Derecho, pues la registradora se limita a presuponer que en el referido contrato se establece que el cargo de consejero delegado es retribuido, algo que no es sino mera conjetura.

En la Resolución del 31 de octubre de 2018 de la DGRN se interpone un recurso contra la negativa del Registrador a inscribir determinados párrafos del estatuto de una sociedad.

El tema más polémico está en los párrafos 4º y 5º del artículo 18 de los estatutos de la sociedad en cuestión, donde se dispone (de forma sintetizada) que: “los consejeros podrán desempeñar funciones ejecutivas y/o profesionales en la Sociedad, y en tal caso, tendrán derecho a percibir, adicionalmente, las retribuciones que correspondan por el desempeño de dichas funciones ejecutivas. A tal fin, cuando a uno de los miembros del Consejo de Administración se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la Sociedad cumpliendo con los requisitos del art. 249.3 y 4 LSC”.

En este caso, el Registrador, niega la inscripción de estos párrafos pues entiende que contradice el criterio adoptado por la sentencia del TS de 26 de febrero de 2018. Sin embargo, La DGRN estima la interposición del recurso para mantener su postura crítica frente a la sentencia al establecer que no hay contradicción con el principio de reserva estatutaria ni el límite máximo impuesto por la junta general y, por el hecho de no establecerlo expresamente, de la cláusula en cuestión no se debe presumir como contraria.⁵⁴

La DGRN mantiene que la reforma de la Ley 31/2014 establece una dualidad de títulos retributivos y se apoya en el criterio de flexibilización que crea el TS al final de su sentencia⁵⁵. Por ello, los dos párrafos rechazados para su inscripción no incluyen ninguna mención concreta que contradiga la reserva estatutaria ni niegan la competencia de la Junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación “limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas (párrafo tercero) y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (párrafo cuarto)”.

Desde la perspectiva finalista de interpretación de la Ley 31/2014, sobre la protección de los socios minoritarios por obtener retribuciones al margen de su supervisión, la DGRN (al igual que la teoría de Paz-Ares) se apoya en la compleja estructura del consejo de administración que debe estar dotada de autonomía, singularmente “la posibilidad de autocomposición dentro de los límites estatutarios, normalmente relajados, y más aún en la sociedad no cotizada”. Y estos deben de tener en cuenta la voluntad de los intereses de los

⁵⁴ Resolución 31 de octubre de 2018: “Por disentir, con el más absoluto respeto, con los pronunciamientos de esta sentencia del TS por entender que se aparta del verdadero sentido de la Ley de 2014, se interpone el presente recurso. (...) Se intentará en los siguientes razonamientos desvirtuar los razonamientos de la STS a fin de justificar la subsistencia de la doctrina de la Dirección General.

⁵⁵ El carácter flexibilizador del principio de reserva estatutaria en la remuneración de los consejeros ejecutivos por el que aboga el TS ha sido criticado por no determinar su alcance ni contenido generando aún más inseguridad jurídica. Así, las consideraciones de Juste Mencía, J.; Campinas Vargas A. (2018): “Interpretación del régimen legal de retribución de administradores...” *op.cit.*: “(...) Si atendemos a la tesis doctrinal que el TS ha hecho suya en su pronunciamiento, parece que esa necesidad de flexibilización apuntaría a la posibilidad de admitir sistemas alternativos de retribución para los consejeros ejecutivos, cuya fundamentación descansaría en la nueva redacción del art.217.3 LSC”.

socios y de los consejeros siendo que los socios tienen el instrumento del art. 161 LSC pudiendo impartir instrucciones al órgano de administración sobre la retribución de los administradores, y en los supuestos más graves, la posibilidad de revocar el nombramiento del administrador (arts. 223 LSC) o ejercer la acción de responsabilidad.

Se estima por lo tanto el recurso interpuesto por la sociedad revocando la calificación impugnada realizada por el Registrador.

A raíz de todo lo expuesto, este debate se traduce en una inseguridad jurídica que solo con una reforma normativa puede ser subsanada. En los sucesivos casos, la aceptación de las cláusulas estatutarias va a depender de la casuística en base a los pronunciamientos de la DGRN basándose en el criterio “flexibilizador” que el TS intenta otorgar al principio de reserva estatutaria.

6. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL COTIZADAS

El régimen de la retribución de los administradores en las sociedades cotizadas está armonizado por el Derecho Comunitario. En España, se modifica a través de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre positivizando normas que no eran vinculantes o de “soft law” integradas en los códigos de buen gobierno pasando a ser de obligado cumplimiento, pues estaba claro que en este tipo de sociedades los objetivos que se preden alcanzar a largo plazo estaban totalmente inoperantes.

Esta reforma de la LSC incorpora las directrices marcadas por las recomendaciones de la UE configurando un nuevo sistema de remuneración de los administradores con origen y fundamento en la crisis financiera del 2007.

Por ello, la reforma tiene como propósito proteger el derecho de los socios impulsando su participación en las decisiones de la sociedad y reforzando su derecho de información tal y como establecía el Plan de Acción europeo de 2012 sobre el derecho de sociedades y gobierno corporativo. Asimismo, la retribución de los consejeros ejecutivos debería adaptarse a los intereses y sostenibilidad de la empresa a largo plazo.

Estos nuevos principios deben ir dirigidos a precisar la estructura de la política de remuneración de los consejeros concretando los contenidos más importantes, y, por consiguiente, a reforzar el procedimiento de determinación de las remuneraciones y sus mecanismos de control.⁵⁶

A diferencia de los problemas interpretativos que generó esta reforma para las sociedades no cotizadas, en el caso de las sociedades cotizadas, se establece un régimen pormenorizado donde las competencias para fijar la retribución de los administradores, así como los mecanismos de control por la junta general están mejor delimitados.

⁵⁶ Ribas Ferrer, V. (2015): Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán.: “La remuneración de los administradores en las sociedades cotizadas. Derecho comunitario y propuestas de reforma. Tirant lo Blanch. Liber Amicorum. Valencia. pp. 489.

Por ello, para las sociedades de capital cotizadas se aplica el régimen general de los arts. 217, 219 y 249 LSC y, cumulativamente, las especialidades de los arts. 529 sexdecies a 529 novodecies LSC.

En primer lugar, la principal diferencia es el carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero en las sociedades cotizadas establecido en el artículo 529 sexdecies (frente al cargo gratuito de las sociedades no cotizadas). Esto es sin duda un elemento realista pues acepta que las funciones del consejero en este tipo de sociedades implican una alta responsabilidad y deben ser retribuidas de acuerdo con una serie de criterios.

La nueva normativa atribuye esta competencia a la “comisión de nombramientos y retribuciones”, la cual debe proponer al consejo de administración la política de retribuciones de los consejeros, de los directores generales, de las comisiones ejecutivas o de consejeros delegados y, en concreto, para los consejeros ejecutivos, “la retribución individual y las demás condiciones contractuales” (art. 529 quincecies 3. g LSC). Además, la política de remuneraciones debe ser aprobada por la junta general de accionistas (art. 511 bis.1.c) LSC).

Esta comisión de nombramientos y retribuciones está formada por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración siendo, al menos, dos de ellos consejeros independientes. (art. 529 quincecies).

La propuesta de la política de remuneraciones del consejo de administración será motivada y deberá acompañarse de un informe específico de la comisión de nombramientos y retribuciones estando disponibles en la página web de la sociedad desde la convocatoria de la junta general (529 novodecies. 2).

La aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros se detalla en el artículo 529 novodecies, con la principal característica de que cada 3 años deberá ser revisada y aprobada por la junta general como punto separado del orden del día. Además, cualquier modificación de la misma dentro del plazo de vigencia de los 3 años requiere la previa aprobación de la junta general conforme al procedimiento establecido para su aprobación.

Por lo tanto, cualquier tipo de remuneración que perciban los consejeros debe ser de acuerdo a la política de remuneraciones estatutariamente prevista por cada periodo de tiempo, aunque la ley añade “salvo las remuneraciones que expresamente haya aprobado la junta general de accionistas”.

Por otro lado, el término anglosajón “say on pay” que se reguló en España a través del artículo 61 bis y ter de la LMV con los informes anuales de gobierno corporativo y sobre los sistemas de remuneración de los consejeros, se integran ahora en los artículos 540 y 541 de la LSC.⁵⁷ Ambos informes deberán ser sometidos a votación anualmente, con carácter consultivo, por la junta general de accionistas.

Sin embargo, con la nueva regulación, esta votación ya no es solo consultiva sino tal y como se establece en el artículo 529.4 novodecies LSC si el informe

⁵⁷ El artículo 10 de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo desarrolla el contenido y la estructura de este informe debiendo dar información individualizada de cada remuneración de los consejeros estableciendo los componentes fijos y dietas así como los conceptos de carácter variable.

anual sobre remuneraciones de los administradores fuera rechazado en la votación consultiva, la política de remuneraciones aplicable para el ejercicio siguiente deberá someterse a la aprobación de la junta general con carácter previo a su aplicación, aunque no hubiese transcurrido el plazo de tres años.

Esta media es importante para evitar que haya contradicciones entre ambos documentos y garantizar una revisión anticipada de las políticas de remuneraciones a través del rechazo de la junta del Informe anual.

A continuación, la ley diferencia de forma clara entre los consejeros “en su condición de tales” frente a los consejeros con funciones ejecutivas.

La política de remuneraciones de los consejeros en *su condición de tales* será conforme al sistema de remuneración previsto estatutariamente y se limitará por el importe máximo de remuneración anual fijado por la junta (art. 217.3 LSC). La competencia para la distribución de la remuneración de cada consejero *en su condición de tal* corresponde al consejo de administración teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas al consejero. (artículo 529 septdecies LSC).

La distribución individual de la remuneración, al igual que en el resto de sociedades de capital, será fijada por el Consejo de Administración, que tendrá en cuenta la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes (incluidas las del régimen general del art. 217.4 LSC).

El artículo 529 octodecies sobre la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, se remite al apartado 3 del artículo 249 ya analizado quedando más claro que, en este supuesto, la remuneración será fijada por el contrato entre el consejero y el CA siempre **con el límite de la cuantía de la retribución fija anual** y en conformidad con la política de remuneraciones de los consejeros aprobados por la junta general.

Además, especifica el contenido del contrato debiendo determinar la retribución fija, la variable, los distintos parámetros para su cálculo, los términos y las condiciones principales de sus contratos (duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación, pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización).

Este sistema legal se completa con el nuevo Código de buen gobierno aprobado tras la reforma de la LSC el 18 de febrero de 2015 y revisado en 2020, siendo aplicable las recomendaciones (56 a 64) bajo el principio ya mencionado de “cumplir o explicar”.

Por lo tanto, la competencia para aprobar las remuneraciones de cada uno de los consejeros tanto *en su condición de tales* como con funciones retributivas, corresponde al consejo de administración. En el primer caso, se debe respetar el sistema retributivo previsto en los estatutos, el importe máximo de la remuneración anual y la política de remuneraciones (reitera la norma del régimen general del art. 217.3 LSC) y, aunque no se mencione, deberá de seguir los criterios del régimen general del art. 217.4 (principio de proporcionalidad y finalidades de la empresa). Además, para los consejeros con funciones ejecutivas la remuneración se concretiza a través del contrato del art. 249.3 LSC conforme a la política de remuneraciones.

7. DIRECTIVA UE 2017/828 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 15 DE MAYO DE 2017

Finalmente, debemos referirnos de forma concisa a la nueva Directiva de la UE del 15 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

A pesar de que los Estados miembros disponían hasta el 10 de junio de 2019 para transponer la nueva directiva europea, el Anteproyecto de ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital todavía está siendo tramitado.⁵⁸

Entre otras medidas, se pretende otorgar el derecho de las sociedades a conocer la identidad de los accionistas (incluyendo los beneficiarios últimos). Además, se pretende regular el cargo de los “proxy advisors” o asesores de voto, los cuales deben recomendar cómo votar en las juntas generales de las sociedades cotizadas con el objetivo de reducir los costes de los análisis relativos a la información de las sociedades y mejorar el gobierno corporativo, incluyendo un propio código de conducta para garantizar la transparencia de este cargo. Sin embargo, la principal modificación que incluye el Anteproyecto será la transparencia en las operaciones vinculadas para acabar con la falta de supervisión y vigilancia por parte de los accionistas en este tipo de operaciones.

Dentro de nuestro objeto de estudio, esta Directiva no va a suponer modificaciones significativas puesto que se pretende regular el término “say on pay”, es decir, el derecho a votar de los accionistas (de forma vinculante o consultiva) sobre la política de remuneraciones de la sociedad atendiendo a los objetivos de largo plazo y a la evolución concreta del rendimiento financiero y no financiero de los administradores (incluyendo factores medioambientales, sociales y de gestión). Como se ha expuesto, este criterio fue regulado en España por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, aunque podrían introducirse concreciones sobre los criterios a tener en cuenta en las remuneraciones de los administradores puesto que los introducidos por esta Ley son genéricos e indeterminados.

Por consiguiente, pese a que se obtiene una mejoría en la información y en los instrumentos para la toma de decisiones por parte de los accionistas en esta materia, las reformas que prevé el Anteproyecto de Ley sólo se aplican a las sociedades cotizadas, siendo que el régimen de las no cotizadas queda intacto continuando las dudas interpretativas que se han expuesto a lo largo de este trabajo.

⁵⁸ El último movimiento del Anteproyecto de Ley fue la consulta pública previa, actualmente cerrada. Disponible en : https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/consulta_ficheros/ECO_Tes_180627_CP_Ley_derechos_accionistas_II.pdf.

8. CONCLUSIONES

1. El objetivo en la regulación del sistema de retribución de los administradores es conjugar, por un lado, la libertad del empresario para establecer la remuneración que considere más adecuada para el administrador o consejero con funciones ejecutivas y, por otro lado, exigir la transparencia de dicho sistema para informar a los accionistas y stakeholders, junto con la previsión de controles por parte de los socios minoritarios para evitar el conflicto de intereses dentro de la sociedad.
2. Desde la crisis financiera (2007), la retribución de los consejeros ejecutivos y altos directivos ha aumentado progresivamente siendo que en 2019 cobraron de media 123 veces más que el salario medio de sus empleados. En una situación de crisis sanitaria, económica y social como la actual (2020), este debate sobre la retribución de los consejeros y la brecha salarial con respecto al trabajador medio debe ser reconsiderado, ya que va a ser necesaria una actuación público-privada conjunta que, a diferencia de la crisis del 2008 - centrada prioritariamente en el sector bancario-, requerirá políticas retributivas equitativas dentro de las grandes corporaciones, donde la viabilidad de la empresa a largo plazo es más segura.
3. La unificación bajo un mismo régimen en 2010 de la LSA y de la LRSL (en concreto, los artículos 130 LSA y 66 LRSL) junto con la reforma de 2014 con el objetivo de mejorar el gobierno corporativo (bajo los artículos 217 a 219 LSC) ha configurado un régimen complejo y poco claro sobre el principio de reserva estatutaria en relación a la retribución de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas.

Para este tipo de sociedades, la LSC establece la presunción de gratuidad del cargo del administrador como un mecanismo de control por parte de los socios para que, en caso de ser retribuido, fijen el sistema de remuneración concreto en los estatutos. Anteriormente a la reforma de 2014, este principio ha sido interpretado de forma muy estricta por la DGRN y por el Tribunal Supremo para proteger a los socios y evitar el conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad. Sin embargo, esta solución no será la más adecuada, puesto que la regulación estatutaria de la retribución es poco flexible y genera un proceso costoso para adecuar la retribución a la situación económica de la empresa en cada momento. Por ello, la práctica mercantil se ha ido desvinculando a través de contratos extraestatutarios entre el consejo de administración y el consejero ejecutivo.

4. Tras la reforma de 2014, la postura mayoritaria interpreta que existen dos títulos retributivos por las funciones deliberativas y por las de gestión o dirección del consejero ejecutivo. Por ello se permitía que los estatutos establecieran la gratuidad del cargo de todos o algunos de los miembros del consejo de administración, aunque el contrato del art. 249 LSC determine la concreta retribución de los consejeros con funciones ejecutivas sin constancia estatutaria y al margen de la junta general, pues su importe no

entra dentro del límite máximo de remuneración de los consejeros “en su condición de tales” que debe ser anualmente aprobado. Por lo tanto, se ha pasado de un rígido sistema que preveía la reserva estatutaria para la totalidad de la retribución de los consejeros, a otro donde los socios no tienen ninguna competencia para determinar la retribución de los consejeros ejecutivos.

5. Si comparamos la regulación de las sociedades cotizadas y no cotizadas tras la reforma, hay una clara diferencia en la transparencia y garantías de las retribuciones de los consejeros ejecutivos, pues el régimen de las sociedades no cotizadas tiene un déficit de información. Esto se debe a que la retribución de los consejeros se incluye únicamente en la memoria como parte de las cuentas anuales, sin que la LSC exija que se determinen de forma individualizada cada una de ellas. Además, solo se prevé que el contrato entre el consejo de administración y el consejero sea conforme a la política de retribuciones aprobada, *en su caso*, por la junta general. De esto se deriva que en las sociedades cerradas no es necesario que exista una política de remuneraciones aprobada por la junta general ni se prevé la figura del consejero independiente que informe previamente sobre su contenido.
6. La reforma implica una desprotección para los socios minoritarios en las sociedades no cotizadas y supone un riesgo para la sociedad ya que el consejero puede anteponer con más facilidad su interés propio. Por ello, aunque la STS de 26 de febrero de 2018 se haya tachado de decisión política, esta resolución no hace más que apelar al espíritu de la Ley 31/2014, cuyo objetivo principal es la transparencia y la participación de los socios minoritarios como parte de su derecho de información.

Con respecto a la cláusula controvertida objeto de la sentencia, el hecho de establecer que los administradores no serán retribuidos (cargo gratuito) por sus funciones deliberativas dentro del consejo de administración pero que sí serán retribuidos por desempeñar funciones ejecutivas; desde mi punto de vista, no resulta contradictorio. Simplemente, aclara que el cargo de consejero con funciones ejecutivas es retribuido, y lo lógico sería que hubiese garantías legales que permitan su control sin necesidad de concretar en los estatutos el carácter retribuido del cargo por el desempeño de estas funciones. Por consiguiente, sería erróneo aferrarse a la teoría del vínculo impidiendo la inscripción de este tipo de cláusulas.

La interpretación gramatical de la ley que argumenta el TS no parece ser la correcta ya que del propio tenor literal del art. 217 y del 249 se deducen dos títulos jurídicos que dan lugar a dos tipos de remuneraciones por las funciones del cargo desempeñado por el consejero, aunque sí resulta paradójico que la mayoría de la doctrina, contrarios a la postura del TS, interprete que se aplican los criterios del apartado 4 del art. 217 del régimen general pero no del resto del precepto, porque si no ya no habría ninguna garantía.

Por ello, aunque haya sido un poco forzada la interpretación que realiza el TS no me parece desacertada, pues, ante la posibilidad de diferentes posturas interpretativas sobre el régimen de remuneración de los consejeros ejecutivos de la LSC, la escogida por el Tribunal implica una mayor transparencia y control sobre la remuneración en las sociedades no cotizadas. Sin embargo, el hecho de que el TS haya establecido el carácter flexible del principio de reserva estatutaria al final de su argumentación jurídica sin pronunciarse sobre el alcance de este nuevo criterio, parece evidenciar que este órgano judicial tampoco está de acuerdo con la redacción de la Ley y, por consiguiente, este “criterio flexibilizador” sólo va a generar mayores problemas interpretativos a la DGRN ante las diversas cláusulas de los estatutos sociales que puedan inscribirse.

7. Toda esta divergencia de opiniones entre la DGRN, los juristas y los diferentes órganos judiciales, se traduce en una inseguridad jurídica como causa de una técnica legislativa deficiente que deja desprotegidos a los socios minoritarios de las sociedades no cotizadas. Esto se debe a que el nuevo régimen se ha establecido partiendo de las sociedades de capital cotizadas siendo un “régimen especial” (art. 529 sexdecies-529 novodecies) frente al general (art. 217 a 219 y 249) aplicables a todas las sociedades de capital. Por ello, debería de haberse establecido la reforma tomando como base la remuneración en las sociedades de capital en general para, a partir de ello, determinar qué especialidades o qué medidas adicionales deben ser exigidas en el ámbito de las sociedades cotizadas. Es necesario, por lo tanto, que la ley sea modificada debiendo aprovechar la trasposición de la directiva europea 2017/828 de 15 de mayo de 2017 para aclarar la retribución del cargo del consejero ejecutivo en las sociedades no cotizadas, haciendo una corrección sistemática y aclarando qué preceptos del “régimen general” del art. 217 LSC son aplicables.
8. Cuando la sociedad adopta la forma de consejo de administración, por la propia lógica del funcionamiento de este órgano, le corresponde fijar la retribución del consejero ejecutivo; de hecho, es una de sus facultades indelegables (art. 249 bis i). Por ello, la clave está en que la remuneración de los consejeros ejecutivos, independientemente de que se establezca el carácter gratuito o retribuido en los estatutos del cargo de administrador, debería estar limitada por el máximo global fijado por la junta general o por un consejero independiente.
9. Este límite máximo de la remuneración de los administradores del artículo 217.3 LSC, debería incluir tanto la modalidad fija como la variable, y en este último caso, determinar algunos parámetros o criterios que la junta pueda establecer ya que es la propia de los consejeros ejecutivos y la más probable de vulnerar el límite legal, sobre todo, a través de indemnizaciones por cese del consejero ejecutivo, pues en muchos casos los accionistas se ven sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros

actuando en nombre de la sociedad. Por ello, todos los conceptos retributivos deberían ser públicos en la memoria especificando la retribución individual y no sólo la global. Asimismo, la ley debería regular de forma más clara los límites de la remuneración variable sin tampoco suprimir el efecto incentivador de esta remuneración para el consejero ejecutivo y también para evitar la confrontación de intereses entre el administrador y los socios. Por lo tanto, no se trata de establecer un límite como tal (con respecto a la parte variable) sino de que la junta general fije los criterios o parámetros para su determinación.

10. Desde mi punto de vista, excluir la remuneración del consejero ejecutivo en las sociedades no cotizadas de la reserva estatutaria (de la política de remuneraciones) y del importe máximo anual aprobado por la junta general, supone vulnerar el derecho de información de los socios (art. 196 y 197 LSC). Si lo que se pretende es garantizar este derecho, no tiene sentido que realicen controles “a posteriori” mediante la impugnación de acuerdos del consejo de administración o incoando una acción de responsabilidad contra el administrador por vulnerar el deber de lealtad.
11. Siguiendo las recomendaciones europeas, dentro del el art. 249 LSC debería ser obligatorio la inclusión en los contratos del consejero ejecutivo de las cláusulas de reembolsos actualmente previstas en la recomendación 63 del CBG, para que todas las sociedades de capital -y no solo las cotizadas-, puedan exigir la restitución de los componentes variables de la remuneración de los consejeros ejecutivos cuando se demuestre que la realidad patrimonial y los resultados de la sociedad son distintos de los que en su día quedaron reflejados en las cuentas anuales. Se cumple así con el principio 25 del CBG que propugna evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables y se asegura una actuación diligente del consejo de administración.
12. Desde mi punto de vista, deberían adoptarse en la LSC algunas innovaciones que introdujo la Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración en las sociedades anónimas, como es la potestad de la comisión de remuneraciones y nombramientos de reducir la remuneración variable de los consejeros ante la falta que equidad en la relación entre la remuneración establecida en el contrato y la situación de la sociedad si fuera imputable a sus decisiones como es, por ejemplo, si la sociedad tiene que despedir trabajadores, reducir su salario o cuando el empeoramiento de la situación de la sociedad se hubiera producido durante su cargo e incluso cuando no se repartan dividendos entre los accionistas.
13. En todo caso deben aclararse los conceptos jurídicos indeterminados del apartado 4 del art. 217 LSC, principalmente, el de proporcionalidad razonable sobre la retribución variable de los administradores para que se vinculen a criterios financieros (rendimiento de la empresa) y otros criterios no financieros que garanticen la creación de valor a largo plazo (ambientales, sociales y de gestión) facilitando así el control sobre la remuneración fijada

por el consejo de administración. La medida cautelar más lógica sería el carácter plurianual de las remuneraciones variables para evitar asumir riesgos excesivos “cortoplacistas”, aunque también podrían reforzarse los deberes de diligencia y lealtad de los administradores.

14. Con todo lo expuesto, el equilibrio entre la flexibilidad de la retribución de los consejeros ejecutivos para adaptarla a la situación de la sociedad y el control por los socios, no radica tanto en la reserva estatutaria de ésta, sino en obligar a que la junta general establezca un límite máximo anual para todos los administradores y que la distribución de tal remuneración sea repartida por el consejo de administración, en base a criterios de creación de valor a largo plazo; habiendo un control anual por parte la de la política de remuneración de la junta general (donde deben de estar los conceptos retributivos para saber, al menos, los que se aplican con carácter variable) evitando así los controles a posteriori de la junta general ante los tribunales.
15. Las normas imperativas de las LSC sobre el sistema de remuneración de los administradores deben actuar como un límite a la autonomía estatutaria y a los reglamentos orgánicos de la sociedad. Esto se debe a que, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, este tema incide en muchos niveles de la economía y sociedad, tanto en los objetivos de la propia empresa generando los problemas de conflicto de intereses y sostenibilidad a largo plazo, como en materia de asignación de rentas y acumulación de riqueza, pues en muchos casos, la cuantía de las retribuciones son irreales estando ligadas en mayor medida con el poder de negociación salarial de los consejeros más que con el valor añadido que aportan. Este debate, tiene por lo tanto una marcada dimensión social, y sólo mediante una legislación eficaz y unas prácticas de buen gobierno se conseguirá la justicia social en este ámbito.
16. Finalmente debemos aclarar que la consolidación del buen gobierno corporativo y, por consiguiente, de un sistema de retribución equitativo y proporcional, no se va a alcanzar exclusivamente mediante un conjunto de reglas jurídicas por muy concretas que sean; sino que va a depender de varios factores como la “voluntad” de los diferentes grupos de interés dentro de la empresa, así como de la buena fe y la transparencia de los gestores de la sociedad quienes darán efectividad a tales normas jurídicas, aunque sin duda, todavía es un camino de buenas prácticas societarias con mucho trayecto por recorrer en los próximos años.

9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

9.1. Bibliografía

Cabanas Trejo, R. (2015): "La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad. Diario La Ley.

Calero Guilarte, J. (2010): Norma y autorregulación en la Configuración del Régimen Retributivo de los consejeros. Congreso internacional de Derecho de Sociedades. EPrints Complutense.

Calero Guilarte, J. (2016): El reembolso por los Consejeros Ejecutivos de la Retribución Variable. Revista Lex mercatoria nº1. Pp.113-119.

Fernández del Pozo, L. (2015): "El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma. Revista de derecho mercantil, N° 297. Dialnet.

Guerrero Trevijano. C (2018): "La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (a propósito de la STS 26 de febrero de 2018)". La Ley digital. 2551/2018.

Juste Mencía, J.; Campinas Vargas 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. Núm. 53. Thomson Reuters.

OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. pp 22 y ss.

Osma, L. (2018): "La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del TS de 26 de febrero de 2018." Actualidad jurídica Uría Menéndez.

Paz- Ares Rodríguez, C. (2008): "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos". InDret, 1/2008.

Paz-Ares, C. (2018): "Perseverare diabolicum (a propósito de la STS 29-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)." InDret 2/2018.

Ribas Ferrer, V. (2015): Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán.: "La remuneración de los administradores en las sociedades cotizadas. Derecho comunitario y propuestas de reforma. Tirant lo Blanch. Liber Amicorum. Valencia. pp. 485 y ss.

Roncero Sánchez, A. (2016): "La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital". Revista de Derecho Social y Empresa, nº5, julio 2016.

Roncero Sánchez, A. (2018): "Alcance de la reforma del régimen aplicable a la retribución de los administradores de sociedades de capital". Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero. pp. 345 y ss.

Ruiz Muñoz, M. (2015): "La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: Libertado, transparencia y control (La modificación de la LSC por la Ley 31/1014 y el ALCM)". En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893.

Schönnenbeck, P. Recalde Castells (2010): La Ley alemana sobre proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas. Revista de derecho mercantil Núm.277. Aranzadi Thomson Reuters.

9.2. Webgrafía

Alfaro Águila-Real, J. (2018) La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales. Blog Almacén de derecho. Mar 5, 2018. [en línea]: <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales>

Banco mundial (2005): Foro Mundial sobre gobierno corporativo. [en línea]: <http://documents.worldbank.org/curated/en/215731468339610457/pdf/346690WPOv10SP00Box341959B00PUBLIC0.pdf>

CNMV (2008): Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35. Ejercicio 2008. [en línea]: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IAGC2008IBEX.PDF>

CNMV (2009): Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35. Ejercicio 2009. [en línea]: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IAGC2008IBEX.PDF>

CNMV (2011): Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35. Ejercicio 2011. [en línea]: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IAGC_IBEX_2011.pdf.

CNMV (2019): Informe Anual sobre Remuneraciones de los Consejeros de Sociedades Anónimas Cotizadas. ENDESA, S.A. 31/12/2019. [en línea]: <https://www.endesa.com/content/dam/enel-es/home/inversores/registrosoficiales/hechosrelevantes/documentos/2019/fy2019/IAR2019.pdf>.

elDiario.es (2019): “El sueldo medio de los consejeros del Ibex bate su quinto récord consecutivo ya roza los 700.000 € anuales”. [en línea]: https://www.eldiario.es/economia/sueldo-consejeros-ibex-consecutivo-anuales_1_1307459.html.

Financial Times (2017): “Executive pay rebellions loom in “shareholder spring”.[en línea]: <https://www.ft.com/content/4d02fb44-ef93-11e6-930f-061b01e23655>.

OXFAM Intermón (2019): “La huella en la desigualdad de las empresas del IBEX 35”. Informe nº53.

Report of The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance. (December 1992). “Informe Cadbury”.

9.3. Jurisprudencia

Tribunal supremo

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2889/1993 de 22 de diciembre de 1994.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm.2578/2004, de 13 de noviembre de 2008.

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

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 17 de junio de 2016.

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 31 de octubre de 2018.

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

9.4. Legislación

España. Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951.

España. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

España. Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

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.

España. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

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.

España. Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

España. Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Reino Unido. Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013.

EEUU. Public-law 111–203—July 21, 2010: Dodd-Frank Wall Street Reform and Costumer Protection Act

Códigos de buen gobierno corporativo

Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Mayo 2006. CNMV. Madrid.

Códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas. CNMV. Edison, 4. Madrid. Febrero 2015.

Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. CNMV. Revisado en junio de 2020.

9.5. Derecho comunitario

Unión Europea. Recomendación (UE) 2009/385 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. DUE.

Libro Verde. La normativa de gobierno corporativo de la UE. Bruselas. 5.4.2011.

Unión Europea. Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. DUE.