



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Las Remuneraciones de los Administradores de las SA

Presentado por:

Javier Fradejas Pérez

Tutelado por:

Marina Echebarría Sáenz

Valladolid, 29 de junio de 2021

RESUMEN

Este proyecto aborda la problemática sobre las remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital, especialmente en las sociedades anónimas. Generalmente, se estudia el concepto legal y económico de la sociedad anónima, las diferentes formas organizativas de administración que se aplican, y las asignaciones de los beneficios a final del ejercicio económico para poder contextualizar la determinación de las retribuciones. Seguidamente, se aborda la evolución legislativa de las remuneraciones concluyendo con el análisis de las últimas reformas de la LSC de los años 2014 y 2021. Este trabajo, en su núcleo principal, puntualiza las diversas visiones doctrinales y jurisprudenciales de la reserva estatutaria desde la reforma del año 2014, así como, la STS de 26 de febrero de 2018 que supone un punto de inflexión crítico para la mayoría de la doctrina. Finalmente, se desarrollan y analizan diferentes posturas doctrinales.

PALABRAS CLAVE

Administradores; remuneraciones; consejo de Administración; consejeros ejecutivos; doctrina vínculo; reserva estatutaria; Tribunal Supremo

ABSTRACT

This project addresses the problem of the remuneration of administrators in capital companies, especially in stock corporation. Generally, a study of the legal and economic concept of stock corporation is approached, the different organizational forms of administration that are applied, and the allocations of the benefits at the end of financial highlights period in order to determine the remuneration. Following, the legislative evolution of remuneration is addressed, concluding with the study of the latest reforms of the LSC in 2014 and 2021. This work, in its main core, analyzes the various doctrinal and jurisprudential views since the 2014 reforms, as well as, the STS of February 26, 2018, which represents a critical turning point for most of the doctrine. Finally, different doctrinal positions are developed and analyzed.

KEY WORDS

Directors' remuneration; executive directors; remuneration system; corporate governance

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. SOCIEDAD ANÓNIMA.....	8
2.1 Aspectos generales.....	8
2.1.1 Concepto y régimen legal-económico.....	8
2.1.2 Sociedades abiertas y sociedades cerradas.....	9
2.1.3 Diferencias respecto a la Sociedad Responsabilidad Limitada.....	10
2.2 Organización de la Administración en una S.A.....	11
2.2.1 Competencias.....	11
2.2.2 Formas de organización de la administración.....	12
2.2.3 Particularidades de los administradores en las sociedades anónimas cotizadas.....	13
2.2.4 Ejercicio del cargo. Deber de diligencia del artículo 225 LSC.....	15
3. PROBLEMÁTICA PLANTEADA GENERAL.....	17
4. DERECHO AL DIVIDENDO Y DERECHO AL BENEFICIO.....	18
4.1 Derecho a participar en las ganancias sociales y sus limitaciones.....	19
4.2 Derecho a los beneficios.....	19
4.2.1 Presupuestos para la distribución del beneficio.....	20
4.2.2 Diferentes asignaciones del beneficio.....	20
4.3 Derecho al dividendo mínimo.....	23
5. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	24
5.1 Regulación en la LSA y en la LSRL.....	24
5.2 Regulación vigente de 2010 hasta la reforma del año 2014.....	26
5.3 Problemática surgida.....	28
5.4 Motivos de la reforma de 2014.....	28
5.4.1 Gobierno Corporativo.....	29
5.4.2 Modificaciones generales de la reforma 2014.....	31
5.5 Reforma de LSC por la Ley 5/2021 de 12 de abril.....	32
6. SISTEMA DE REMUNERACIÓN PREVISTO POR LA ACTUAL LEGISLACIÓN.....	33
6.1 Estudio de los artículos 217 y siguientes LSC.....	34
6.1.1 Artículo 217 LSC.....	34
6.1.2 Artículos 218 y 219 LSC.....	36
6.2 Estudio artículo 249 LSC.....	37

6.3	<i>Estudio artículo 529 LSC: la retribución de administradores en la sociedad cotizada</i>	38
7.	DOCTRINA INTERPRETATIVA DE LA REFORMA DE 2014	40
7.1	<i>Doctrina del Vínculo</i>	40
7.2	<i>Principio de reserva estatutaria</i>	42
8.	ANÁLISIS DE LA STS DE 28 DE FEBRERO DE 2018	45
9.	POSTURAS DOCTRINALES	53
9.1	<i>Aspectos prácticos y concluyentes de la STS 26 de febrero de 2018</i>	53
9.2	<i>Doctrina DGRN</i>	54
9.2.1	<i>Resolución 31 de octubre de 2018</i>	54
9.2.2	<i>Resolución de 8 de noviembre de 2018</i>	57
9.3	<i>Doctrina crítica</i>	59
9.4	<i>Doctrina conciliadora</i>	64
10.	CONCLUSIONES	69
11.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	73

1. INTRODUCCIÓN

Comenzando desde un punto de vista de interés objetivo y académico que concierne a la siguiente exposición, la remuneración de los administradores de las sociedades de capital, y especialmente en las sociedades anónimas, es una temática jurídica en el área del derecho mercantil, concretamente en el derecho societario, que ha sido objeto de discusión de enorme dimensión. Este debate siempre ha estado presente en la jurisprudencia y en la doctrina mercantil desde la disputa teórica anterior sobre la relación contractual que existía entre los administradores y la entidad mercantil, siendo la doctrina del vínculo el mayor punto de inflexión. Seguidamente a raíz de la reforma de la Ley 31/2014 de 3 de diciembre que modificó la Ley de Sociedades de Capital y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, la discusión se dimensionó todavía más debido a la redacción ambigua que presentaba esta modificación legislativa, así como la discutida interpretación del órgano de justicia supremo que realiza en dicha resolución judicial. Las nuevas perspectivas que presentan tanto la reforma legislativa como la sentencia del Tribunal Supremo eran la imperatividad de la previsión estatutaria en el régimen retributivo de los administradores, y a su vez, el alcance mayor o menor de dicha determinación estatutaria, permitiendo de esta forma más o menos libertad de decisión discrecional al consejo de administración en lo que respecta al contrato existente entre la sociedad mercantil y el consejero a quien se le asignan funciones ejecutivas y se determina su respectiva retribución.

Respecto al método de investigación usado para la elaboración de esta exposición se ha procedido a aplicar una técnica deductiva desde la visión general del concepto legal y económico de las sociedades de capital, con especial atención en las sociedades anónimas, hasta la determinación de los sistemas de retribución percibidas por los administradores sociales en dichas clases societarias mercantiles. Han sido utilizadas diferentes fuentes bibliográficas procedentes del estudio del derecho mercantil como son la lectura y análisis de manuales teóricos de derecho mercantil, normativa legal imperativa o dispositiva, informes específicos, jurisprudencia procedente de los tribunales de justicia, resoluciones de la DGRN, así como varios artículos doctrinales académicos.

A lo largo de esta exposición en lo que concierne a la estructura desarrollada, se diferencian los apartados que forman el esquema de las explicaciones hasta determinar las conclusiones.

En primer lugar, para contextualizar en que ámbito se aplican las técnicas de determinación de la retribución de los administradores se expondrá los aspectos generales y propios de la sociedad anónima, así como su régimen legal y económico. Seguidamente, se enuncian las distintas formas de organización de la administración en la sociedad anónima, puntualizando los aspectos más peculiares que son muy tenidos en cuenta en la determinación retributiva, así como las diferencias que presenta respecto a la sociedad de responsabilidad limitada. Además, se puntualizará con especial atención el ejercicio del cargo de administrador en lo que concierne a su deber obligatorio de actuar diligentemente siendo ésta muy importante para la determinación de su respectiva forma de retribución.

Visto el tipo societario particular en el que se determinarán las retribuciones, se procede a comprobar la problemática general dada en donde concurren los diferentes conflictos intereses que colisionan por el reparto de los beneficios que genera la sociedad mercantil al final de su ejercicio económico entre los socios de la empresa, los administradores sociales y la sociedad mercantil en sí misma.

Por consiguiente, respecto a estos conflictos de interés principales de la problemática global dada, se estudiarán los diferentes destinos asignados de los beneficios generados en la empresa. Por un lado, se comprobará con especial atención el derecho a participar en la distribución del beneficio, así como el derecho al dividendo mínimo correspondiente a los socios. Por otro lado, en lo que concierne al interés de la sociedad mercantil se verán los presupuestos de distribución del beneficio para la constitución de reservas legales y voluntarias.

Como antecedentes históricos de las retribuciones de los órganos gestores de las sociedades de capital, se hará un seguimiento de la evolución legislativa llevada a cabo para determinar las retribuciones de los administradores desde la antigua Ley de Sociedades Anónimas del año 1989 hasta la última reforma de la Ley 5/2021 de 12 de abril de 2021 por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Descrita la evolución legal se estudia el sistema de remuneración previsto en la actual normativa en la que se detallan las premisas principales para su determinación. Previamente, se exponen los diferentes hechos que han conducido a la actual regulación en lo que

especialmente concierne a los principios de transparencia y previsión de las retribuciones, así como el sostenible gobierno corporativo el cual deben velar las sociedades de capital.

Seguidamente, estudiada la normativa vigente se procede a desarrollar la doctrina interpretativa de la reforma de 2014 en lo que concierne al principio de reserva y a la doctrina del vínculo previa a dicha modificación normativa.

Después de toda la exposición teórica y normativa que correspondiente se analizarán los aspectos prácticos de las retribuciones, siendo la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 como el punto de inflexión que despertó una avalancha de críticas y determinó dos posiciones doctrinales: la tesis dualista y la tesis unitaria. Adicionalmente como complemento a esta sentencia serán comentadas algunas resoluciones de La Dirección General de los Registros y del Notariado.

Finalmente se recopilarán y expondrán diferentes posturas interpretativas representativas de la doctrina de la DGRN, así como la doctrina elaborada por diferentes autores académicos tanto de una perspectiva crítica como conciliadora o intermedia.

2. SOCIEDAD ANÓNIMA

2.1 Aspectos generales

Es de gran importancia hacer un inciso breve y puntual sobre la figura de la sociedad anónima porque de esta forma entenderemos el campo en el que se desarrollan las problemáticas planteadas a través de las características de esta clase de sociedades junto a la evolución normativa y reformas legales que ha padecido. Por consiguiente, se comprenderá como a su vez el régimen de remuneración de los administradores ha sido reformado conforme a la adaptación de la sociedad anónima a las nuevas propuestas legislativas promulgadas.

2.1.1 *Concepto y régimen legal-económico*

La sociedad anónima es por antonomasia la forma de organización más compleja y completa de las iniciativas empresariales de cierta envergadura, aunque es acechada a grandes pasos por el avance de las sociedades de responsabilidad limitada porque mayoritariamente son el 90% de las sociedades registradas. En cualquier caso, debemos de destacar dos aspectos de suma importancia en esta clase de sociedades: primero, la división del capital en acciones, entendidas estas como participaciones con un valor nominal que se representan en títulos valores que pueden ser negociables en un mercado secundario oficial, como es la Bolsa, en el cual se facilita la inversión del ahorro público en estas entidades; y segundo, la liberación de la responsabilidad personal de los socios ante las deudas de la sociedad las cuales se responden con el patrimonio social de la misma.

Hasta que no se promulgo la nueva legislación de la Ley 19/1989, de 25 de julio que aprobó la exigencia de un capital mínimo, el tipo sociedad preferido hasta entonces eran las sociedades anónimas. Tal razón, derivada de esa reforma, motivó a que muchas sociedades anónimas se transformasen en otras formas societarias, básicamente en sociedades de responsabilidad limitada.

En el año 2010 se aprobó el texto refundido que unificó los siguientes textos legales: La sección 4ª, Título I, Libro II del Código de Comercio, la LSA de 1989, la LSRL de 1995 y el Título X de la LMV los cuales fueron derogados. Por lo tanto, la LSC regula las diferentes sociedades de capital en un conglomerado normativo con sus respectivas especialidades para cada una de ellas.

Además, con la finalidad de fomentar la aplicación de medidas de desarrollo sostenible para la responsabilidad social de las empresas y la exigencia de una transparencia empresarial, fue promulgada la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que promueve a las sociedades anónimas hacer públicas, con carácter anual, sus políticas y resultados en materia de Responsabilidad Social de la Empresa.¹

2.1.2 *Sociedades abiertas y sociedades cerradas*

Hoy en día, dentro de las formas societarias más comunes, nos encontramos con la Sociedad Anónima y la Sociedad Limitada, y su vez dentro de estas pueden ser clasificadas según unos determinados criterios. Especialmente, nos referiremos a la Sociedad Anónima Cerrada y Abierta, entidades corporativas jurídicas con grandes diferencias entre sí, aunque la más destaca de ellas es en cuanto a su forma de financiación.

Por un lado, entendemos por Sociedad Anónima Abierta aquella que recurre a la sociedad para atraer financiación, para constituir su capital fundacional o aumentar su capital mediante la emisión pública de acciones. Esta clase de sociedades acude al mercado público de valores en donde cualquier sujeto pueda financiarles de una forma directa o a través de los conocidos comisionistas de bolsas de valores. Además, este tipo de sociedades deben estar inscritas en un Registro Público de Valores con la finalidad de proporcionar información específica sobre todos los detalles legales, financiera, contables y administrativos que pueda necesitar un potencial inversionista interesado.

Por otro lado, en cuanto a las Sociedades Anónimas Cerradas. Esta clase de entidades mercantiles son conocidas por ser empresas privadas o familiares sin cotizar en la bolsa de valores. Generalmente, la propiedad de estas sociedades pertenece a los socios fundadores o del grupo pequeño de compradores a quienes vendieron la empresa. En esta forma jurídica, el capital se alimenta en su mayoría por los aportes financieros de los fundadores, por lo que la obtención de los recursos financieros es totalmente privada, y consecuentemente, las acciones pertenecen a un reducido número (no menos de cinco) de personas naturales o jurídicas.

¹ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J. (2019): “Principios de Derecho Mercantil”. Aranzadi. Navarra. Págs. 203 a 205.

Otra diferencia entre ambos tipos de sociedades es que en las Abiertas es necesario realizar la convocatoria de las asambleas a través publicaciones. Sin embargo, en el caso de las Sociedades Cerradas puede prescindirse de dichas publicaciones pudiéndose convocar a todos los accionistas mediante citaciones personales.

En lo que respecta a la forma de organizar la administración, en el caso de la Sociedades Anónimas Abiertas no se puede aceptar la existencia de un administrador único por la actividad tan compleja que conlleva estas sociedades con una enorme dimensión. Pero, por el contrario, en las cerradas puede nombrarse un administrador único o un determinado director. Por todo ello, podemos pensar que la Sociedad Anónima Cerrada es una modalidad dirigida a los pequeños negocios que no requieren una estructura administrativa compleja.

En conclusión, la diferencia más destacada respecto a la Sociedad Abierta es que las Cerradas no recurren a inversores externos para su financiación, ni para el aumento de su capital, y lo que es más destacado, pueden tener sus registros y sus gestiones confidencialmente. Cabe destacar finalmente, que una sociedad que creada como cerrada puede ser convertida en una sociedad abierta con simplemente recurrir al ahorro público para poder aumentar su capital y realizando todas las acciones necesarias para llevar a cabo tal trámite, bien sea mediante la cotización de acciones en la Bolsa o través de la emisión pública de valores.

2.1.3 Diferencias respecto a la Sociedad Responsabilidad Limitada

Dentro del abanico de los tipos de sociedad mercantil que están previstos en nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad de responsabilidad limitada presenta aspectos diferenciables respecto a las sociedades anónimas en cuanto a sus características generales y particularmente, en lo que concierne a esta exposición, respecto a su forma de administración y las posibles retribuciones que pueda percibir esta.

Destaca el carácter cerrado de esta clase de sociedad porque las participaciones sociales no pueden transmitirse libremente a personas ajenas a los socios, determinados familiares o herederos, o sociedades pertenecientes al mismo grupo. Aunque presente este carácter cerrado, una empresa aun siendo una sociedad limitada puede pertenecer a una entidad filial de una gran multinacional en la cual sus acciones coticen en un mercado secundario oficial.

Estamos ante un tipo social que busca una forma idónea para la regulación de actividades empresariales llevadas a cabo por un número reducido de personas, vinculadas por lazos familiares o de amistad, sin estar sometido al régimen de responsabilidad por las deudas sociales similar al de las sociedades personalistas, y tampoco a la rigidez normativa de las SA. Se trata por tanto de un modelo híbrido que pretende unificar la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales con una libertad de orden en cuanto a su organización interna. Dicho lo cual, una Sociedad de Responsabilidad Limitada puede ser una empresa muy grande, pero nunca podrá ser una sociedad cotizada.

2.2 Organización de la Administración en una S.A

El Título VI de la LSC se encarga de regular las distintas formas de administración cuyo régimen común variará según el tipo social de la entidad mercantil. No solamente según el tipo social capital variará la forma administración sino también si estamos ante sociedades cotizadas o sociedades no cotizadas.

2.2.1 *Competencias*

Es importante hacer un breve inciso de las competencias generales que ostentan los administradores porque dependiendo de los poderes que ejerzan, se podrá determinar la remuneración que perciban conforme a la importancia del nivel gestión y representación que lleven a cabo.

Los administradores tienen la competencia de gestionar y representar a la sociedad como acabo de mencionar en el párrafo anterior (art. 206 LSC). La administración comprende el conjunto de acciones, de diferente naturaleza, que tienen por finalidad la consecución del objeto social de la entidad mercantil. Por lo tanto, es evidente que a los administradores se les otorgue asuntos de gran complejidad, y en ocasiones, por tal magnitud de dicha complejidad, habrá un importante criterio por el cual se determine la posible remuneración que perciban.

Asimismo, los administradores desarrollan su campo competencial de una forma autónoma respecto al resto de órganos sociales. Anteriormente, la Ley les confería su independencia más allá de poder impugnar un acuerdo de la junta general, sino que además eran liberados de responsabilidad alguna por los acuerdos o actos lesivos realizados siempre

que fuesen ratificados posteriormente por la junta general. Sin embargo, ahora la responsabilidad de los administradores queda determinada en los artículos 236 y siguientes LSC.

2.2.2 *Formas de organización de la administración*

Este subepígrafe tiene cierta repercusión porque dependiendo de la estructura administrativa por la que se rija la sociedad, la remuneración se determinará de una manera u otra.

La LSC prevé en su regulación la organización de la administración en dos partes: por un lado, desde el artículo 209 al 241 respecto a los administradores en general; y, por otro lado, de los arts. 242 a 251 respecto al régimen del consejo de administración de las sociedades cotizadas.

El artículo 210 muestra los diferentes modos de organizar la administración. Desde un aspecto teórico, podemos dividir un modo de administración simple y otro de administración compleja.

Por un lado, la administración simple es la consistente en estas tres clases: administrador único; varios administradores que actúen solidariamente; o dos administradores que actúen conjuntamente, aunque realmente no está admitido para las SA, pero sí para las SRL. En la forma simple las funciones inherentes que ostentan estos administradores pueden ser funciones deliberativas las cuales consisten en el control y planificación de la estrategia que seguirá la empresa y, además, funciones ejecutivas consistentes en la gestión ordinaria.

Por otro lado, la administración compleja es la forma colegiada, es decir, el consejo de administración como acabamos de citar. El consejo de administración, como en la administración individual, ostenta unas funciones inherentes que son las funciones deliberativas y ejecutivas. La especial diferencia entre una forma y otra es respecto a las funciones ejecutivas desarrolladas en la administración simple es que los mismos administradores ejercen tanto funciones deliberativas como ejecutivas. Sin embargo, en el caso del consejo de administración las funciones deliberativas las ejercen los administradores “con condición de tales” de forma conjunta, mientras que las funciones ejecutivas se

encargan de aplicarlas de forma individual los consejeros delegados o ejecutivos a través de la delegación orgánica o contractual de facultades ejecutivas, que dará pie a una nueva relación jurídica que suele ser normalmente retribuida por la prestación de un servicio.

2.2.3 Particularidades de los administradores en las sociedades anónimas cotizadas

Las sociedades cotizadas tienen la particular necesidad de tener que organizar la administración mediante un consejo de administración. Esta forma de administración colegiada es la más idónea para esta clase de entidades mercantiles en cuanto a la que se refiere a la organización de su gestión, por la gran dispersión del capital social y el enorme número de accionistas minoritarios que deben de ser tenidos en cuenta, y finalmente por la actividad compleja de esas sociedades. Dicha actividad requiere la atención diaria de un grupo de directivos o ejecutivos con un determinado grado de autonomía (independiente), quedando asignado al consejo de administración las funciones de estrategia general de la gestión social y la vigilancia y supervisión de ésta.

Por lo dicho en el anterior párrafo, sobre la importancia del ejercicio del cargo de administrador en las sociedades anónimas cotizadas, debemos entender en qué sentido va orientada la remuneración de los consejeros. El artículo 217.1 parte con la presunción de la gratuidad del cargo de administrador en las sociedades de capital, pero en la sociedad cotizada se prevé la regla contraria. El artículo 529 sexdecies afirma que el cargo de consejero será necesariamente retribuido, salvo que los estatutos dispusieran lo contrario. Por lo tanto, dicho carácter remunerado es coherente con la exigencia paralela al desempeño de tal posición en las sociedades cotizadas en las cuales el consejo de administración adquiere un perfil propio y cuyo óptimo desarrollo es vital para los diversos intereses particulares y generales.

En el seno de un consejo de administración los consejeros se califican en diferentes categorías según las funciones o roles que asuman dentro del órgano colegiado.

a) Consejeros ejecutivos y no ejecutivos

Por un lado, los consejeros ejecutivos son aquellos a los que se les encomienda funciones de dirección o en un grupo de sociedades. Tal calificación va dirigida a la responsabilidad de orientar y dirigir la actividad ordinaria de la empresa, ya sea de forma

individual o en cooperación con otros consejeros ejecutivos. En cambio, por otro lado, los consejeros no ejecutivos, son los que fácilmente entendemos como los contrarios a los consejeros ejecutivos, que se encargan de las funciones de deliberación y control. Estos consejeros no ejecutivos se van a entender una parte de la doctrina como los administradores “con condición de tales” con relación a la determinación de la remuneración que perciban estos.

b) Consejeros dominicales

Estos consejeros tienen la condición de representar a los accionistas u ostentan esa condición por representar una gran participación en el capital social.

c) Consejeros independientes

Este grupo particular de consejeros son los que la Ley prevé como aquellos que no ejercen funciones ejecutivas de ningún tipo y tampoco tienen vinculación directa ni indirecta con los consejeros dominicales. Por gozar tal posición independiente, podrán ejercer con plena libertad la función de supervisar que caracteriza propiamente a un consejero de un consejo de administración. Estos consejeros, que en realidad continúan siendo los administradores, son los administradores “con condición de tales” como hemos visto anteriormente.

d) Otros externos

Esta especialidad de consejeros la Ley no prevé una definición legal de su condición. A efectos prácticos suelen relacionarse con los consejeros no ejecutivos².

e) Comisiones ejecutivas

Finalmente, cabe mencionar, aunque no sea una clase de administrador, una manera de organización derivada del consejo de administración en su seno que consiste en la formación de una comisión ejecutiva o delegada para ejercer unas específicas funciones.

² SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J. (2019): “Principios de Derecho Mercantil”. Aranzadi. Navarra. Pags 376 y 377

Esta práctica de creación de comisiones es propia en las sociedades cotizadas y característica para la gestión eficaz con relación al fenómeno, que se verá más adelante, del buen gobierno corporativo. Por ello, mediante principio normativo en el artículo 529 tercedecies LSC, se exige que se crea al menos una comisión de auditoría y una comisión de nombramientos y retribuciones³. Esta última comisión ha sido impuesta para su creación por la reforma de la LSC por la Ley 31/2014 a través del artículo 529 quincecies que desarrolla su composición y sus funciones, como por ejemplo la más destacada como es la elaboración de la política de remuneraciones en las sociedades cotizadas.

2.2.4 *Ejercicio del cargo. Deber de diligencia del artículo 225 LSC*

Este apartado tiene una importancia muy especial debido a que estamos tratando con la razón suprema por la cual un administrador o un gestor es remunerado por sus labores asignadas. Conforme a esas tareas asignadas al administrador, éste mismo tiene el deber actuar de forma que sea plenamente beneficiosa para la sociedad mercantil en todo su conjunto. Por ello, la reforma de la LSC 31/2014, ha modificado las normas aplicables a los administradores a través de la tipificación precisa de los deberes de estos sujetos. Dicha reforma ha producido la reformulación de los típicos deberes del administrador como son la diligencia, la lealtad y el secreto. Cabe añadir, que la reforma del año 2014 no fue la última en modificar estos deberes, sino que la reforma de abril de este mismo año, a través de la Ley 5/2021, ha retocado el tenor literal del algún precepto al respecto como es el artículo 225.1 LSC⁴. Sin embargo, en lo que concierne en esta exposición, nos centraremos en el deber de diligencia que será de suma importancia para la determinación de la respectiva remuneración que perciba el administrador.

Por deber general, se entiende como un deber que se extiende en cualquier clase de sociedad capital y cualquier administrador. No presenta un carácter especial o específico. La diligencia podríamos relacionarla así mismo con el orden o la prudencia u otro tipo de criterios de actuación que deben de aplicarse en las decisiones que tomen los administradores dentro del marco de competencias que les han sido atribuidas. Aunque existan decisiones de

³ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J. (2019): “Principios de Derecho Mercantil”. Aranzadi. Navarra. Pág 381.

⁴ Nueva redacción art. 225.1 LSC por la Ley 5/2021: “1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”.

menor escala patrimonial no pueden dejar de recibir una diligencia plena. Además, relativamente podemos deducir una definición común, o en este caso legal, porque debemos de atender siempre a las circunstancias que se presentan en cada caso dependiendo si estamos ante una sociedad de mayor o menos amplitud. Por ello, tenemos que entender este deber de diligencia con una amplia flexibilidad, pero siempre atendiendo límites lógicos. Estos límites los recoge el artículo 225 LSC incluyendo como estos un conjunto de criterios de adaptación que posibilitan establecer en cada supuesto especial el contenido de dicho deber de diligencia.

El primer criterio para determinar el deber de diligencia de un administrador sería atendiendo a la naturaleza del cargo y a las funciones que le han sido atribuidas.

Uno de los problemas más ocasionales, en el ámbito de la responsabilidad de los administradores, era la falta de distinción de diferentes posiciones, o naturaleza del cargo, dentro del sistema orgánico administrativo de una misma sociedad mercantil. Por esta misma situación, existía la necesidad de que la valoración individual, y no solidaria, de la responsabilidad fuese aceptada generalmente y teniendo en cuenta las situaciones previstas por la norma y siendo objeto de aplicación práctica, determinándose así que la participación en la administración social de cada uno de los miembros del mismo órgano administrativo fuese muy diferenciada. El caso más claro es en la práctica de la delegación de facultades, previsto en el artículo 249 LSC, de forma que surgían los administradores con condición de consejeros ejecutivos y los que no ostentasen dicha condición. Pues bien, mientras unos administradores se encargaban rutinaria y diligentemente de todas las operaciones que les concernían, otros administradores participaban en la gestión de una forma más ocasional y por tanto considerablemente menos diligente. Por todo ello, esto conllevaba graves consecuencias a la hora de determinar las retribuciones que percibiese cada consejero ejecutivo porque mientras algunos cobraban cantidades desmesuradas acordes a una mínima labor, como por ejemplo un millón o un millón y medio de euros en sociedades mercantiles de gran magnitud, otros se encargaban de plena diligencia del cumplimiento de funciones y percibían cantidades muy por debajo de las cantidades mencionadas. En definitiva, lo que viene a comprenderse es que en la distribución de cargos de una organización administrativa no puede haber una diligencia idéntica para un presidente ejecutivo que la del consejero común.

Seguidamente, otros elementos que deben de tenerse presentes son las funciones atribuidas a los administradores. Dicho criterio para determinar la diligencia debe de ser imperativo en las sociedades medianas y grandes.

Finalmente, podemos entender el deber de diligencia como un deber de información como nos muestra el apartado tercero del artículo 225. Además, puede comprenderse como un derecho de recopilar información de la propia sociedad para después cumplir el deber de informar a ésta misma. Sin embargo, podría convertirse el ejercicio de ese deber en desleal por el mero hecho de no actuar adecuadamente conforme al resto de sus obligaciones.⁵ Por ejemplo, en el caso de que un socio que ejerce su derecho de información en la junta general para conocer detalladamente el contenido de las remuneraciones, las cantidades y asignaciones exactas que percibe cada administrador concretamente, el propio administrador se limita a proveer información de la cantidad máxima anual que percibe todo el órgano administrativo, pero sin dar más detalles.⁶

3. PROBLEMÁTICA PLANTEADA GENERAL

Como punto de inicio a este breve epígrafe debemos de plantearnos la pregunta de cuáles son los intereses que van a verse afectados en el seno de la sociedad.

La remuneración de los administradores sociales es un asunto que plantea diversos conflictos en el seno de una sociedad mercantil.

Partimos sobre la base en la cual una empresa al final de un ejercicio consigue unos resultados. Estos resultados cumplen o no las expectativas que se fijaron anteriormente y dependiendo del signo de estos resultados se tomará decisiones que afectarán de una manera u otra a diferentes partes dentro de la entidad mercantil.

Desde un momento inicial, se produce una colisión de intereses que afecta a tres tipos de sujetos en una entidad mercantil. Por un lado, el interés de los administradores por percibir la mayor retribución posible por su actividad de gestión social y representación de la empresa,

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J. (2019): “Principios de Derecho Mercantil”. Aranzadi. Navarra. Págs. 280 a 281.

⁶ Este caso enunciado es el iniciará todo el debate de la previsión estatutaria de las remuneraciones de los administradores que veremos más adelante.

que son los protagonistas que más conciernen a dicha labor. Por otro lado, la sociedad, en sí como grupo, que intenta encontrar el beneficio común de esta misma junto a sus socios y, además su máxima es la mayor posible reducción de gastos que puedan generarse. En cuanto al último sujeto, cabe mencionar a los socios o accionistas que desean rentabilizar en la mayor forma posible el capital desembolsado a través de la percepción de beneficios en forma de dividendos.

Así mismo, tanto en las pequeñas como en las grandes empresas, los socios mayoritarios tienen expectativas contrarias respecto los socios minoritarios. Los primeros en muchas ocasiones suelen coincidir con quienes ejercen funciones de administración o de alta dirección, pero por otro lado los segundos simplemente aspiran a percibir ganancias económicas periódicas en virtud de su aportación en la sociedad, y consecuentemente, en la mayoría de las ocasiones genera un conflicto de distribución entre ambos tipos de socios.

Los intereses anteriormente mencionados son de carácter privado, en cambio, debemos de tener presentes la presencia de intereses públicos, entendiendo como aquellos intereses colectivos o comunes de los ciudadanos en su conjunto. La mayor preocupación es cuando una empresa en quiebra o sin liquidez perjudica el tejido empresarial de su entorno. Además, se debe de prestar atención del interés público desde un punto de vista fiscal porque el Estado deja de recaudar ingresos mediante impuestos a los que están obligados las entidades mercantiles como contribuyentes.

4. DERECHO AL DIVIDENDO Y DERECHO AL BENEFICIO

Como se acaba de señalar en el epígrafe anterior, en lo que respecta al conflicto de intereses enunciado. Previamente podría llegar a estallar o no la colisión de intereses entre la sociedad mercantil, los administradores y los socios, dependiendo del destino asignado de los beneficios de la sociedad mercantil. Para ello, tendremos que abordar cuál es el tratamiento jurídico o destino que puedan someterse los ingresos que percibe una entidad mercantil al final de un ejercicio económico.

Es importante matizar este estudio del destino de estos ingresos porque así comprenderemos de forma más detallada las posturas de cada una de las partes del conflicto

de intereses anteriormente mencionado porque aparecerán nuevos escenarios de debate a lo largo de las explicaciones.

4.1 Derecho a participar en las ganancias sociales y sus limitaciones

La LSC en el artículo 93 recaba los derechos que tiene cualquiera de los socios por el simple hecho de serlo. Especialmente en su apartado a) dispone que el socio, en los términos establecidos en la ley y salvo en casos previstos en ella, tendrá como mínimo el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.

Este derecho que está previsto en el artículo 93 LSC consiste en la participación en el reparto de ganancias sociales. Por lo cual, ese derecho se debe de comprenderse como al que tiene el socio sobre los dividendos que son repartidos y que este mismo no sea excluido del reparto, y también como al derecho a una distribución anual de dividendos siempre y cuando existan beneficios o reservas libres y lo haya acordado la junta general.

4.2 Derecho a los beneficios

En primer lugar, para que surja el derecho de beneficios se debe de proceder a la aplicación del resultado del ejercicio, que puede resultar este positivo o negativo. Recordemos que este resultado figurará en el balance que haya aprobado previamente la Junta General.

En caso de haber un resultado negativo, en la cuenta de pérdida y ganancias figurará un saldo deudor en el activo de la cuenta. Por consiguiente, la aplicación de este resultado negativo se realizará con cargo a las reservas de la sociedad (primero voluntarias y después legales). Ante esta situación crítica es claro que se piense que el mayor interés predominante en ese momento es el de la entidad mercantil por tener que sanear las cuentas y establecer un rumbo dirigido a la sostenibilidad.

Sin embargo, en caso de producirse un resultado positivo, es decir, que haya surgido un beneficio del ejercicio habrá un punto de inflexión complejo. La aplicación de este resultado está sujeto a particulares normas porque se trata de una operación mayor que la simple constitución de reservas y el reparto de dividendos. En este caso, es donde se genera principalmente el conflicto de todos los intereses.

En lo que respecta al beneficio neto del ejercicio cabe hacer una referencia a su distribución. El beneficio neto constituye una herramienta de medición muy sutil del valor de las empresas, y una vez determinado éste en el balance aprobado, se fijará una parte en el patrimonio social que se puede asignar o del que se puede distribuir para determinados fines. En algunos casos, el pacto de distribución de beneficios provocará que emerja una deuda a cargo de la sociedad que implicará una disposición de fondos patrimoniales de la misma. Sin embargo, en otros supuestos la distribución se determinará en un asiento contable sin provocar ninguna variación en el valor del patrimonio social. Finalmente, cabe tener en cuenta que el acuerdo de la junta que distribuye el beneficio es ajeno al de aprobación del balance, aunque se produzcan ambos en la misma reunión.

4.2.1 Presupuestos para la distribución del beneficio

Para la distribución del beneficio neto del ejercicio, tiene que resultar éste de un balance regularmente aprobado y que valor del patrimonio neto sea siempre superior al capital social. Este acuerdo de distribución del beneficio es independiente al de aprobación del balance, aunque se realice en la misma sesión que reúna la junta general.

El primer presupuesto, previsto en el primer apartado del artículo 273, afirma que la junta general deberá de resolver sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. Por lo tanto, en caso de que en el balance fuese aprobado un beneficio podría efectuarse una distribución de este, conforme a las asignaciones previstas por la Ley y los estatutos.

En cuanto al segundo presupuesto para poder proceder a la distribución del beneficio, el patrimonio neto contable no sea inferior al capital a consecuencia del reparto de beneficios. En el supuesto de que hubiese pérdidas en ejercicios anteriores que mostrasen que ese valor del patrimonio neto fuese inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará de manera necesaria a la compensación de dichas pérdidas. Finalmente, no podrá repartirse el beneficio del ejercicio si el importe de las reservas disponibles fuese inferior al importe de gastos de primer establecimiento, de investigación y de desarrollo (art. 273.3 LSC).

4.2.2 Diferentes asignaciones del beneficio

Las diversas asignaciones del beneficio pueden tener unos destinos u otros conforme a lo que venga determinado en los estatutos sociales o en la LSC. Por ello, la sociedad, los socios y los administradores pueden que se vean beneficiados o no a través de la distribución del beneficio.

Por un lado, legalmente está previsto en el artículo 27.1 LSC que los socios fundadores y los promotores de la sociedad tienen reservados unos definidos privilegios que implicarán una participación temporal en el beneficio neto. Por otro lado, que más adelante se desarrollará con mayor detalle, los administradores también tendrán participación en los beneficios, en forma de remuneración, si lo estableciesen los estatutos conforme al artículo 218 LSC.

Determinado el resultado positivo en las cuentas anuales, el problema más importante en la asignación del beneficio neto es el referente a la distribución de los dividendos y a la constitución de reservas.

En primer lugar, una porción del beneficio está dirigida a la constitución de reservas. La constitución de las reservas genera un índice de medida de valor del patrimonio neto que enlaza a ciertos fines generales, y en mayor importancia al fortalecimiento económico de la entidad mercantil.

Hay una clasificación del tipo de reservas. De forma general están las reservas legales y las complementarias. Estas últimas se subdividen en estatutarias, las cuales derivan del mandato de los estatutos, o voluntarias, pactadas a través de un acuerdo de la junta general.

El artículo 274 LSC impone la obligatoriedad de establecer las reservas legales a las cuales se les añadirá al menos un 10% de beneficio neto hasta que se cubra la quinta parte del capital social. Mientras que no se complete este mínimo este fondo se empleará para la compensación de pérdidas en caso de haber escasez de reservas disponibles. En caso de haber un exceso de reserva del 10%, podrá emplearse para un aumento de capital conforme al artículo 303 LSC. Las reservas complementarias, las cuales tienen una importancia de cara a la remuneración de los administradores, podrán destinarse a lo que se haya previsto en los estatutos o por la junta general. En el tema que concierne a esta exposición,

supongamos que existe la previsión estatutaria de remuneración a los administradores, pues bien, las reservas legales deben de establecer un equilibrio entre los dividendos que se distribuyen anualmente a los socios y la remuneración prevista para los administradores.

En segundo lugar, la otra asignación del beneficio es aquella a la que se distribuye a los socios en forma de dividendos una vez que se hayan constituido adecuadamente las reservas como acabamos de ver. La junta, que se encarga de decidir sobre el reparto del beneficio, establece la cuantía del reparto que puede ser distribuido entre los socios.

El primer paso que toma la junta es fijar una cuantía global que será distribuida pero no puede definir cuál es la porción correspondiente a cada socio porque ya está determinada previamente por la Ley y los estatutos. La LSC, en principio, prevé que el reparto de dividendos se realizará conforme al capital desembolsado por el socio (art. 275.2). Por otro lado, los estatutos podrán incluir acciones privilegiadas para que los socios tengan el derecho a percibir un dividendo preferente, el cual se aplicará en caso de existir beneficios distribuibles y en mayor medida, los estatutos precisarán si son acumulativos o no en el caso de que no pudiesen ser abonados. De cualquier manera, está prohibido la existencia de acciones con privilegio a la percepción de un interés conforme al artículo 96 LSC. Especialmente, podría existir el régimen del derecho preferente de las acciones sin voto a percibir un dividendo anual mínimo.

Una vez pactado la distribución de dividendos, nace un derecho de crédito del socio frente a la sociedad, que es denominado también como el derecho concreto al dividendo que es diferente al derecho abstracto a participar en el reparto de ganancias sociales referido en el apartado *a)* del artículo 93 LSC. Tal crédito de beneficios vence en un momento acordado por la junta, cuya determinación se delega a los administradores. A consecuencia del efecto anterior, la Ley societaria indica que el acuerdo de distribución de dividendos se determinará por la junta el momento y forma de pago. Sin embargo, en caso de no determinarse nada al respecto, el dividendo tendrá la condición de ser *pagadero* al día siguiente del no acordarse la distribución, y la acción para solicitar dicho pago de dividendos vencidos prescribirá a los cinco años.

En tercer lugar, nos encontramos con los dividendos “a cuenta” los cuales consisten en los anticipos entregan los administradores a los socios previamente a la aprobación del balance y el acuerdo de la distribución de estos. El problema que suscita este reparto previo

es que no son auténticos dividendos porque si la junta general decide posteriormente que no puede o no se quisiera proceder a la distribución, los accionistas se verían obligados a realizar la devolución de estos, aunque no suele suceder porque el crédito que la sociedad tiene frente a los socios se compensa con el que surge del acuerdo de reparto.

4.3 Derecho al dividendo mínimo

El último supuesto por el cual los socios pueden percibir beneficios o dividendos por participar en el capital social de una entidad mercantil es mediante la denominada vía del “derecho al dividendo mínimo”. Este derecho no es un derecho que esté previsto legalmente en sentido estricto, sino que viene derivado del ejercicio del de derecho de separación previsto en el artículo 348 en el Título IX sobre la “Separación y exclusión de socios” de la LSC.

El planteamiento para el ejercicio del derecho de separación es debido a que la sociedad no está repartiendo beneficios en forma de dividendos a los cuales los socios tienen derecho en un periodo de varios ejercicios consecutivos. Consecuentemente, esta situación produce la postura negativa de los socios, en este caso minoritarios en la gran parte de las ocasiones, a que se evite o se reduzca el reparto vía dividendos mediante la decisión de la junta general en el momento del cierre del ejercicio económico de la entidad mercantil. Esta problemática conducía a una expropiación del socio minoritario por no percibir rentabilidad alguna de su inversión inicial.

Adicionalmente, haciendo hincapié al conflicto de intereses que se ha enunciado anteriormente, se produce una desigualdad mayor entre socios mayoritarios y socios minoritarios, porque los primeros ya tenían diferentes formas de percibir dividendos, como es el caso que concierne a este trabajo, a través de la asignación de una remuneración por ser administradores.

Como mecanismo de protección a los socios minoritarios ante este conflicto se aprobó la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, la cual introduce el artículo 348.bis para el supuesto de *Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*. La finalidad de este precepto es establecer la protección del

derecho de los socios minoritarios a su participación en los beneficios de la entidad mercantil ante posibles prácticas, tendentemente abusivas, de los socios mayoritarios que participan en la administración social para reducir o no repartir los dividendos.

El proceso anterior a la aprobación de la reforma de 2011 por el que optaban los socios minoritarios era el mecanismo por la vía de recurrir a los tribunales al ver que sus expectativas económicas se desvanecían y de alguna forma tratar de demostrar que existía alguna conducta abusiva realizada por los socios mayoritarios (artículo 7.2 Código Civil). Este procedimiento era demasiado complejo y casuístico porque el socio mayoritario tenía que sujetar la carga de la prueba en la cual indicase que era conveniente el no reparto de dichos dividendos para el buen desarrollo sostenible de la empresa.

5. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Previamente al estudio de la regulación actual es conveniente hacer una visión de la legislación que ha ido aprobándose hasta el momento para comprender el contexto por el que se aprueba la reforma del año 2014.

La evolución legislativa desarrollada en este epígrafe comienza con la diferenciación de las leyes específicas para las sociedades anónimas con la LSA y para las sociedades limitadas con la LSRL. Seguidamente continuamos con el paso intermedio que consistiría la regulación de las remuneraciones con la unificación de LSC en el año 2010. Por último, se concluye con la modificación de esta ley con la reforma para la mejora del gobierno corporativo del año 2014 y la reforma de la Ley 5/2021 de 12 abril, que traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2017/828 dirigida al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas

5.1 Regulación en la LSA y en la LSRL

Con anterioridad a la reforma del año 2014 y a la refundición de la normativa en el año 2010, la retribución de los administradores para cada diferente tipo social se regulaba en su normativa específica.

La Ley de Sociedades Anónimas del año 1989 reflejaba la retribución de los administradores en su artículo 130⁷.

Este precepto regulaba ya la reserva estatutaria de la retribución de los administradores. Esta primera afirmación nos conduce entender que el cargo de administrador será remunerado siempre y para ello deberá constar de forma estatutaria. Sin embargo, atendiendo la literalidad del precepto ésta despierta la duda de si la previsión estatutaria debe estar fijada desde el momento en el que se constituye la sociedad o si posteriormente a la constitución se podían reformar los estatutos por la junta general.

Seguidamente, se remarca el método en la que debe de calcularse la remuneración en caso de que ésta consista en una participación en las ganancias sociales. Podría llegar a entenderse que la legislación por aquel entonces podía aceptar formas de remuneración diferentes a la participación en las ganancias sociales.

En el caso de las sociedades limitadas, el artículo 66⁸ LSRL partía de la presunción de la gratuidad del cargo de administrador. Sin embargo, esta presunción puede ser destruida en caso de establecerse la reserva estatutaria que indicase lo contrario, que fuese remunerado el cargo, y para ello, además de reflejarse esto último, deberá determinarse el sistema retributivo.

A continuación, el primer párrafo de este artículo especifica los pasos a seguir dependiendo de como sea la retribución, bien por un lado sea una participación en forma de beneficios (punto 2); o por otro lado no tenga como base una participación en los beneficios

⁷ Artículo 130 LSA: Retribución.

“La retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los Estatutos hayan establecido”

⁸ Artículo 66 LSRL: Carácter gratuito del cargo

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

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

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

en la cual se hace referencia a la competencia de la junta general para establecer la remuneración anualmente.

Se puede concluir que ambas disposiciones normativas no distinguen clases de administradores, es decir, ejecutivos o no ejecutivos. Cabría decir que para las sociedades cotizadas no existía una normativa específica de remuneraciones, por lo que había que recurrir a la LMV o a las recomendaciones del Código Unificado en las que eran exigibles un informe anual de remuneraciones.

Ambos preceptos comenzaron a asentar el régimen actual, aunque la mayor influencia la aportaría la regulación de las SL.

5.2 Regulación vigente de 2010 hasta la reforma del año 2014

El siguiente paso de la evolución regulatoria de las remuneraciones de los administradores es en el momento de la refundición de las dos legislaciones que hemos visto en el apartado anterior. La unificación de la LSA y la LSRL se produce con la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital del año 2010.

La redacción del artículo 217 LSC⁹ con la aprobación de esta ley en el año 2010 es diferente a la de la reforma del 2014. La redacción original de este precepto es mucho más breve y simple y, además guarda cierta semejanza a la del artículo 66 de la anterior LSRL. En el punto número uno del precepto es apreciable que se regula la presunción de gratuidad de los administradores, y en caso contrario, el principio de reserva estatutaria si hubiese remuneración junto al respectivo sistema retributivo escogido.

Nuevamente, es claro que para la destrucción de la presunción de gratuidad del cargo de administrador debe constar en los estatutos el sistema retributivo que se aplicaría. Asimismo, el precepto no distingue los diferentes tipos de administradores.

⁹ Artículo 217 LSC: Remuneración de los administradores previo a la reforma de 2014:

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

2. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos.

La importancia que se da a la previsión estatutaria en ese momento es cada vez mayor, y que ya venía destacando desde la LSRL. La finalidad de este instrumento es la íntegra protección los intereses de los socios y también se asegura el ejercicio correcto de los derechos de control e información respecto a la materia retributiva.

La duda que emerge es si la sociedad capital, en este caso, cuando se constituye tiene que indicar la previsión estatutaria desde un principio o no. En el momento del nacimiento de una empresa, propiamente dicho su constitución, tiene que formalizarse un documento de escritura de constitución en la cual uno de los contenidos básicos son los estatutos sociales. Los estatutos sociales es la médula normativa por la que se rige la sociedad y regulan su funcionamiento externo e interno. Para mayor flexibilidad de estas normas y adecuarlas a diferentes etapas o situaciones de la sociedad, éstas pueden modificarse.

La competencia para determinar si se fija o no la previsión estatutaria la puede ejercer la junta general, la cual se encarga de elegir el sistema retributivo y aprobar su inclusión. Previamente a la votación de política de retribución por la junta general será conveniente que los socios soliciten la información precisa y pedir cuantas aclaraciones estimen necesarias mientras se desarrolla la celebración de la junta o anteriormente.

Para la aprobación de la política de retribuciones por la junta general se requerirán unas mayorías preestablecidas en la LSC en su votación. Por un lado, en las sociedades anónimas se requiere la mayoría absoluta como mínimo si estuviese presente o representado más de la mitad de del capital. Por otro lado, en las sociedades limitadas se establece como mínimo más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital.

Los estatutos sociales, tanto los que se aprobaron junto a la escritura de su constitución como aquellos que fueron modificados por la junta general para introducir la previsión estatutaria de las remuneraciones, se inscribirán en el Registro Mercantil y para su publicidad podrá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, donde los posibles inversores o socios de la sociedad podrán informarse con preciso detalle sobre la política de remuneraciones de la entidad.

El segundo apartado del artículo 217 LSC indica como se determinará la remuneración en caso de no tener como base una participación en los beneficios. Por ello, la remuneración se fijará conforme a lo previsto en los estatutos anteriores.

5.3 Problemática surgida

Previamente a la aprobación de la regulación vigente del año 2014, siempre han sido debatidos ciertos aspectos. En primer lugar, siempre ha sido discutido la cantidad o el quantum de retribución de los administrados y su transparencia. En segundo lugar, el tratamiento que se le da al contrato entre el consejo de administración, como representante de la sociedad, y el administrador. En tercer y último lugar, la compatibilidad de retribuciones estatutarias y las derivadas del contrato.

No sólo en el ámbito nacional afectaban estas cuestiones, sino que también a nivel europeo e internacional también se mostraba cierto nivel de preocupación. A partir de entonces fueron publicadas algunas recomendaciones como la de la Comisión de 30 de abril de 2009 o el Informe de Bruselas de 28 de julio de 2016. De manera imperativa, se dictó la Directiva de evaluación de las normas sobre remuneración 2013/36/UE y el Reglamento sobre requisitos de capital 575/2013.

5.4 Motivos de la reforma de 2014

Desde el punto de vista socioeconómico, desde los años 2007 y siguientes la crisis financiera reflejó propiamente la escasez de regulación de la propia época. La falta de transparencia emergió una cadena de responsabilidad indefinida, descontrolada y deficiente que condujo a un diseño de sistemas de retribución inapropiados. En palabras de RONCERO SÁNCHEZ *“en las praxis y en relación con las grandes sociedades (cotizadas) podía apreciarse un incremento sostenido de las retribuciones de los administradores sin correspondencia con la evolución de los resultados las compañías ni tampoco de las cotizaciones de los valores representativos de su capital”*¹⁰. Por ello mismo, una gran mayoría de las sociedades mercantiles asumían remuneraciones desproporcionadas, respecto a su estado de solvencia ante los cuerpos de gestión y administración. Más adelante, a partir del año 2013 comenzó una época de recuperación y una mayor bonanza económica en las entidades, que provocó que los administradores realizasen tareas en las cuales asumían altos riesgos para la entidad y por

¹⁰ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. *“La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital”*.

tales riesgos demandaban enormes retribuciones que en ocasiones no eran acordes al estado económico y de solvencia de la sociedad mercantil e incluso al propio interés de ésta.

Ante esta situación de descontrol por parte de las cúpulas de gestión de las empresas se fue empezando a generar el debate sobre la importancia de establecer una política correcta de actuación de los gestores de las sociedades a través del control de los propios socios para que no se vieran perjudicados o arriesgados sus propios intereses. Para ello se empezó a hablar sobre el concepto anglosajón *Corporate Governance* o Gobierno Corporativo.

5.4.1 *Gobierno Corporativo*

Por Gobierno Corporativo podemos entender como el conjunto de principios, procedimientos y normas que rigen el funcionamiento y la estructura de los órganos de gestión y administración de una empresa. Especialmente, se trata del establecimiento de las relaciones entre la junta directiva, el consejo de administración, los accionistas y demás partes interesadas por las cuales estipulan reglas en las que se rige el procedimiento de aprobación de decisiones sobre la empresa.¹¹ Este conjunto de relaciones entre estos sujetos consigue establecer una gestión adecuada y transparente de las sociedades la cual es un factor esencial para generar valor a la empresa e incrementar su eficiencia económica.

5.4.1.1 *Recomendaciones*

Consecuentemente, el gobierno corporativo ha experimentado un renovado impulso. Esto ha llegado a plasmarse en la declaración de Pittsburgh de septiembre del año 2009 o la publicación en el año 2001 del Libro Verde que aboga por la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores¹². Además, se analiza la eficacia de la regulación no vinculante sobre el gobierno corporativo por parte de la Comisión Europea, que incentivaba a una mayor regulación sobre gobierno corporativo en normas de carácter vinculante.

¹¹ Concepto de gobierno vista en la firma Deloitte: se puede consultar en el siguiente enlace web: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html>

¹² CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio. “La retribución de los administradores y directivos de las sociedades cotizadas”. Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, N°46, 2018

En España, también comenzó a emerger un movimiento encaminado que impulsase el buen gobierno corporativo. En el año 1998, inspirado por el pionero Informe Cadbury salió a la luz el Informe Olivencia como resultado del estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades y que se convirtió en la base del primer Código de buen gobierno. Respecto a este último informe, es destacable el principio enunciado “cumplir o explicar” por el cual la sociedad, bien cumple con las normas recomendadas, o bien, decide no acatar dichas recomendaciones, pero deberá explicar los motivos o razones de su incumplimiento¹³. En segundo lugar, fue elaborado el informe Aldama en el 2003 que modifica el código anterior e introduce nuevas recomendaciones. Por último, en el año 2006 el Grupo de Trabajo Especial con la finalidad de armonizar y actualizar las medidas bajo influencia europea, dio lugar al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas vigente hoy en día.

5.4.1.2 Normativa imperativa

Hasta ahora hemos comprobado que las medidas que se han ido tomando consisten en recomendaciones y normativa no vinculante o lo que es conocido como el fenómeno *soft law*¹⁴. Sin embargo, para impulsar disposiciones imperativas sobre el buen gobierno corporativa de una forma más o menos directa han sido introducidas disposiciones encaminadas a este objetivo. De esta manera, junto a los códigos mencionados anteriormente, el legislador español adoptó al ordenamiento jurídico medidas en aquellas áreas de regulación societaria que han merecido una intervención imperativa.

Con la tendencia de introducir disposiciones imperativas, habría que comenzar señalando la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero que modifica la LMV, que obliga a las sociedades cotizadas a contar con un comité de auditoría; o la Ley 26/2003 que modifica la LMV y el TRLSA y refuerza la transparencia de la SA cotizadas. Más adelante, se aprueba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que incorpora la Directiva 2007/36/CE sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas. Posteriormente, destaca la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en materia de transparencia de los sistemas retributivos junto a la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, en la cual establece la estructura y contenido del informe

¹³ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. “La retribución (...) sociedades cotizadas” Aranzadi. 2018

¹⁴ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E (2018): *Retribución y Prestación de Servicios de los Administradores de las Sociedades*. Coordinación de José Antonio García-Cruces. Tirant Lo Blanch. Valencia. Pág. 103.

anual de gobierno corporativo y el informe anual sobre remuneraciones. Por último, la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, regula el contenido de la memoria del artículo 260 LSC.¹⁵

5.4.2 Modificaciones generales de la reforma 2014

Las modificaciones introducidas por esta reforma en el Texto Refundido de la LSC pueden agruparse en dos categorías: las referidas a la junta general de accionistas y las concernientes al consejo de administración. Sin embargo, la explicación se centrará en este último grupo y especialmente lo relativo a la remuneración que puedan percibir.

La experiencia adquirida en los últimos años con las nuevas leyes o reformas aprobadas se ha demostrado la importancia de un consejo de administración eficaz que deben de tener las empresas, y especialmente las sociedades cotizadas. Para ello, se ha producido una tipificación más precisa de los deberes de lealtad y diligencia especialmente, como se expuso anteriormente, y los procesos que deben de seguirse en caso de conflicto de interés. Además, se establecen pautas dirigidas a contribuir al correcto funcionamiento del consejo, como son por ejemplo algunas medidas relativas a la asistencia de las sesiones del consejo y medidas relacionadas con la información que deben de tener los consejeros, referida al orden del día de la reunión y necesaria para la deliberación y adopción de acuerdos. Asimismo, se han aprobado proposiciones dirigidas a la composición y reestructuración de los consejos de administración de las sociedades cotizadas.

La novedad más destacada que concierne a esta exposición es la regulación de las remuneraciones de los administradores. Desde diversos organismos internacionales han llamado la atención por la poca relación de las remuneraciones de los administradores con la evolución real de las empresas y éstas deben de ser adecuadamente acordes con el interés de la sociedad y sus accionistas.

En primer lugar, los estatutos sociales establecerán el sistema de remuneración de los administradores acorde a sus funciones de gestión y decisión, haciendo especial referencia a al sistema retributivo de los consejeros con funciones ejecutivas. Y, en segundo lugar, en las sociedades cotizadas, la junta general aprobará, como punto separado del orden del día, la política de remuneraciones que será de carácter plurianual.

¹⁵ Preámbulo Ley 31/2014 de 3 de diciembre

Entorno a esta política de remuneraciones, el consejo de administración podrá fijar la remuneración de cada uno de los consejeros. De esta manera, la junta general está garantizada de ostentar el control sobre las retribuciones y los diferentes componentes retributivos previstos, así como los parámetros de fijación de las retribuciones de la remuneración y los términos y condiciones de los contratos.¹⁶

Con la aprobación de esta reforma, desde un punto de vista de análisis jurídico, comienza a haber un desacuerdo en la mayor parte de la doctrina. Un sector doctrinal deseaba que la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas o delegados fuera competencia del consejo de administración. Adicionalmente, algún otro grupo pensaba que la retribución de los administradores con funciones ejecutivas no debería ser objeto de reserva estatutaria.

Queda claro que hay que diferenciar entre sociedades no cotizadas y cotizadas, y respecto a éstas últimas, se diferencia el régimen retributivo de los administradores. Por un lado, los administradores con funciones más propias de un consejo de administración como son las de supervisión; y, por otro lado, los que ostenten funciones ejecutivas.

La nueva regulación determina los siguientes títulos remuneratorios que son de alcance específico: los artículos 217 y siguientes; el artículo 249 LSC, y especialmente para las sociedades cotizadas los artículos 529 sexdecies y siguientes LSC.

Finalmente, los objetivos que se esperan lograr debido a esta reforma de 2014 son los siguientes: conseguir una mayor transparencia de los órganos de las sociedades tanto cotizadas como no cotizadas; y una mayor implicación de la junta general de socios a fin de proteger los intereses de los socios y especialmente el de los socios minoritarios.

5.5 Reforma de LSC por la Ley 5/2021 de 12 de abril

Como punto final a esta evolución legislativa de las remuneraciones de los administradores es vital tener que hacer un estudio breve sobre la nueva modificación reciente del TRLC a partir de la Ley 5/2021, de 12 de abril con entrada en vigor, el 3 de mayo, a los 20 días de su publicación en el BOE.

¹⁶ Preámbulo Ley 31/2014 de 3 de diciembre

El objeto de esta Ley es la transposición a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2017/828 la cual introduce modificaciones de la anterior Directiva 2007/36/CE en lo que se refiere al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Seguidamente, en lo que respecta a la materia de esta exposición, esta reforma hace ligeras modificaciones en cuanto a las retribuciones de los administradores que aportará mejoras en el ámbito del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en España.

Como punto inicial de partida se toman las últimas reformas realizadas en los últimos años en esta materia en nuestro país, destacadamente la reforma de la Ley 31/2014 que se ha desarrollado anteriormente. Además, la seguridad jurídica y la estabilidad normativa mercantil son principios y valores que deben preservarse evitando modificaciones legislativas desmesuradas, frecuentes e innecesarias, y de esta manera alejarse de la incertidumbre jurídica, reforzar la confianza de todos los agentes y facilitar así inversiones productivas a largo plazo en las sociedades cotizadas.

Asimismo, algunas de las soluciones que propone la Directiva, como la aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros por los accionistas, pero esta figura ya fue introducida con la reforma del año 2014 con mayor nivel de exigencia que en la Directiva transpuesta. Sin embargo, es cierto que respecto a la política de remuneraciones de los consejeros prevista en el artículo 529 novodecies han merecido una nueva redacción del precepto e introducción de criterios de elaboración de ésta.

6. SISTEMA DE REMUNERACIÓN PREVISTO POR LA ACTUAL LEGISLACIÓN

Ya concluida la evolución legislativa de las remuneraciones de los administradores y vistos los motivos de la reforma del año 2014 se procede a desarrollar en este epígrafe el estudio de las nuevas disposiciones que han sido introducidas para luego recopilar más adelante las interpretaciones de diferentes tesis. Para ello se analizarán el contenido de los artículos 217 y siguientes LSC; el artículo 249 LSC aplicables en las sociedades no cotizadas; y por último los artículos 529 sexdecies y siguientes LSC en el caso de las sociedades cotizadas.

6.1 Estudio de los artículos 217 y siguientes LSC

6.1.1 Artículo 217 LSC

En primer lugar, en lo que respecta al artículo 217 en su primer apartado, se parte del principio general de gratuidad del cargo de administrador aplicable en toda sociedad no cotizada. Según Sánchez Calero *“el cargo de administrador es gratuito, lo que puede resultar contradictorio con la importancia de la posición, funciones y responsabilidad inherentes a dicho cargo”*¹⁷. Tanto los administradores ostentan funciones deliberativas como aquellos con funciones ejecutivas, ambos tipos de cargos son normalmente remunerados. Sin embargo, cuando se desee establecer el carácter oneroso del cargo, sin perjuicio de la regla general, deberá ser necesario que los estatutos sociales lo establezcan de manera expresa. Además, el carácter retributivo del cargo deberá ser acorde al sistema de remuneración que esté determinado o fijado en los estatutos.

La exigencia de la previsión estatutaria es una manifestación del deseo de transparencia mencionado anteriormente en lo referido al Corporate Governance. Dicha transparencia plasma la exigencia de que la remuneración se ajuste a lo descrito en el marco estatutario y a la determinación del importe máximo y conjunto que apruebe la junta general por medio del correspondiente acuerdo.

La duda que surge es por qué la ley parte de la presunción de gratuidad del cargo si en la mayoría de los casos el cargo es remunerado. Esto se debe a que es menos grave presumir la gratuidad del cargo que presumir que sea remunerado porque sino la retribución podría declararse nula si no estuviese previsto en los estatutos. Además, la finalidad de la presunción de gratuidad trata de continuar la línea legislativa continuista de la regulación de las SL.

Contrariamente, en el caso de las sociedades cotizadas como se verá, el cargo de administrador está necesariamente remunerado salvo disposición contraria en lo estatutos sociales, como está previsto en el artículo 529 sexdecies LSC.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J. (2019): “Principios de Derecho Mercantil”. Aranzadi. Navarra. Pág. 296.

En segundo lugar, el apartado número dos recoge la enunciación de las diferentes modalidades de retribución fundamentando en diversos conceptos retributivos que integran la remuneración y dan lugar a la percepción de una cantidad fija o variable o una combinación de ambas. La lista de que recoge estos conceptos retributivos que enuncia este artículo 217.2 no es excesivamente exhaustiva porque es posible que los estatutos de una sociedad prevean otros conceptos diferentes a los recogidos en el precepto. Por lo tanto, la norma dispone una lista abierta, es decir, no son *numerus clausus*.

De esta lista de conceptos retributivos, que recoge el precepto, se pueden mencionar los siguientes: una asignación fija, dietas de asistencia, sistemas de ahorro o previsión, y participación en beneficios o remuneraciones en acciones, siendo estos dos últimos conceptos los que han merecido una ulterior regulación por los artículos 218 y 219 LSC.

Cabe añadir, respecto a este segundo apartado, es que dichos conceptos retributivos los percibirán los administradores “en su condición de tales”. Anteriormente ya hemos mencionado al inicio de esta exposición que esta clase de administradores, una gran parte de la doctrina entiende que son quienes ostentan funciones de gestión y deliberativas. La literalidad de este apartado ya nos muestra por primera vez que se comienzan a diferenciar los tipos de administradores en el sentido retributivo y, por tanto, se define el ámbito subjetivo de este precepto.

El apartado tercero trata un aspecto competencial respecto a la junta general y los administradores. Por un lado, la junta general de socios determinará el importe máximo de la remuneración anual de los administradores en condiciones de tales y será vigente hasta el momento en el que no se apruebe su modificación. Por otro lado, los administradores o, en su caso, por el consejo de administración será determinaran por acuerdo la distribución de la retribución, salvo que la junta general dispusiera otra cosa.

Por último, respecto al apartado cuarto, éste introduce unos estándares para la determinación de la remuneración. El precepto en sí supone una gran innovación porque pone a disposición una herramienta material a los socios en caso de que se vean gravemente afectados sus intereses. La finalidad de la imposición de estos límites es para evitar las remuneraciones abusivas y continuar la tendencia positiva del buen gobierno corporativo.

En lo que respecta a la cantidad de la retribución o, mejor dicho, el alcance o la cuantificación retributiva, deberá guardar una proporción razonable con la importancia de la empresa, las circunstancias económicas de ésta en cada momento y los estándares de mercado de empresas del mismo sector. Además, el sistema de remuneración deberá incentivar la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, y deberá incorporar las medidas que eviten la asunción de riesgos y la consecuencia de resultados negativos.

6.1.2 *Artículos 218 y 219 LSC*

En este específico apartado se puntualizan otros conceptos retributivos que derivan a disposiciones normativas adicionales y desarrollan algunas formas de remuneración del apartado tercero del artículo 217.

En primer lugar, el artículo 218 LSC enuncia la remuneración por medio de la participación en beneficios. La primera regla que se establece es que los estatutos deberán no sólo incluir ese concepto retributivo sino también determinar el porcentaje concreto de la participación o el porcentaje máximo de la misma que será aprobado por la junta general dentro del máximo estatutario. Por un lado, en el supuesto de una sociedad anónima, la participación indicada será detrída de los beneficios líquidos después de haber sido atendidas las reservas legales y estatutarias, y después de reconocerse a los accionistas el dividendo de un 4% del valor nominal de las acciones o el tipo más alto fijado. Por otro lado, en las sociedades limitadas el porcentaje máximo de participación no podrá ser superior al 10% de los beneficios repartibles entre los socios.

La participación en beneficios ha venido considerándose desde siempre como un sistema tradicional y el cual ha venido utilizándose hasta la aparición de modernos sistemas retributivos como la entrega de acciones. Además, servía como estímulo para que los administradores desarrollaran su actividad de una forma efectiva porque en gran medida afectaría a los resultados que potencialmente puedan obtener en forma de participación en beneficios. Cabe decir que no siempre el resultado de obtención de beneficios será resultado del esfuerzo de los administradores sino también por verse la sociedad afectada por elementos externos o circunstancias que incidan en la gestión desarrollada por los administradores.¹⁸

¹⁸DOMÍNGUEZ PÉREZ, E (2018): *Retribución y Prestación de Servicios de los Administradores de las Sociedades*. Coordinación de José Antonio García-Cruces. Tirant Lo Blanch. Valencia. Págs. 104 y 105.

Y, en segundo lugar, la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad está recogida en el artículo 219 LSC. Atendiendo a la literalidad del precepto, en su apartado uno, se puede apreciar que este tipo de remuneración se aplica especialmente en las sociedades anónimas. Seguidamente, se establece que tanto la determinación de ese concepto retributivo y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas y previamente debe estar previsto en los estatutos sociales. El segundo apartado, aborda el contenido de ese acuerdo indicándose el número máximo de acciones que podrán asignarse en cada ejercicio, el precio de ejercicio, el valor de las acciones y el plazo de duración del plan.

6.2 Estudio artículo 249 LSC

El artículo 249 aborda la delegación de facultades del consejo de administración y seguidamente, el artículo 249 bis se ocupa de las facultades que no pueden ser objeto de delegación.

Ya visto anteriormente la forma compleja de administración a través del consejo de administración, el artículo 249 LSC trata la delegación de funciones que hace este órgano colegial a los administradores ejecutivos. Concretamente, tienen especial importancia los apartados tres y cuatro del precepto porque son los que puntualizan los aspectos relacionados al contrato entre el administrador ejecutivo y el consejo de administración.

En primer lugar, el apartado uno dispone la posibilidad del consejo de administración de delegar en uno o varios sujetos, quienes se convertirán en consejeros delegados siempre y cuando no haya disposición estatutaria que prohíba lo contrario.

El segundo punto del precepto prevé las mayorías que deben de aplicarse para acordar las delegaciones, las cuales consisten en el voto favorable de dos terceras partes de los miembros del consejo y no surtirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Seguidamente, el apartado tercero establece la necesidad de la celebración de un contrato entre el nombrado consejero delegado, el cual debe ser previamente aprobado por dos terceras partes de sus miembros.

A modo de desarrollo del contrato previsto en el apartado anterior, el último y cuarto apartado indica que en el contrato anterior deberán de detallarse todos los conceptos retributivos por el desempeño de funciones. Además, debe de constar en el contrato la indemnización en caso de que el administrador haya sido cesado anticipadamente y las cantidades a desembolsar por la empresa en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El artículo finaliza que este contrato tiene que ser conforme a la política de retribuciones aprobada por la junta general.

6.3 Estudio artículo 529 LSC: la retribución de administradores en la sociedad cotizada

Los artículos 529 sexdecies y siguientes tratan las especialidades de la remuneración de los consejeros en la sociedad cotizada. Además, cabe recordar que este precepto ha sido modificado a raíz de la reforma del mes de abril de 2021. En este apartado se aborda el carácter general de remuneración, la política de remuneraciones a la que se ajusta dichas remuneraciones y la diferencia de determinación de remuneración entre una clase de consejeros y otra según su categoría.

El principio general de las remuneraciones regido en esta clase de sociedades es el carácter necesario o la presunción de remuneración de los consejeros. De este modo, se entiende que el cargo de administrador es de carácter oneroso a diferencia de lo que anunciaba el primer apartado del artículo 217 referido a la gratuidad del cargo de administrador. Además, la realidad práctica confirma esta presunción porque es muy poco común la no remuneración del administrado en las sociedades cotizadas.

Las remuneraciones en las sociedades cotizadas deben quedar reflejadas en la política de remuneraciones de los consejeros, y dicha política deberá estar ajustada al sistema de remuneración previsto en los estatutos y aprobada por la junta general de accionistas como punto separado del orden del día y con un periodo de vigor de tres ejercicios.

A pesar de que la política de remuneraciones sea aprobada por la junta general, la propuesta anterior de ésta será elaborada por el consejo de administración y deberá ir motivada por un informe que la acompañe de la comisión de nombramientos y retribuciones. Tanto la política de remuneraciones como el informe de la comisión se publicarán en la página web de la sociedad desde la convocatoria de la junta general.

Con la finalidad de una mayor transparencia, la reforma de 2021 introduce unos requisitos de elaboración de esta política de remuneraciones (en adelante PR). Estos requisitos se entenderán como criterios de remuneración positivados y detallados en la memoria. Como punto de partida, la finalidad primordial de la PR debe ser la contribución a la estrategia empresarial y a los intereses de sostenibilidad a largo plazo de la sociedad y explicarse en qué forma se hace. Seguidamente, deberá realizarse la descripción clara y entendible de los diferentes conceptos de la remuneración fija y variable, incluidas bonificaciones y otras prestaciones en cualquier forma, que pueden ser dadas a los consejeros, señalándose la proporción relativa. En caso de concederse una remuneración variable, la PR marcará los criterios, claros, completos y variados para esa concesión e indicará los criterios de rendimiento financiero y no financiero, incluyéndose así los referidos a la responsabilidad social de la empresa, detallándose la forma en que se contribuyen a la consecución de los objetivos y los métodos aplicables para determinar hasta que punto se cumplen los criterios de rendimiento. Adicionalmente, si fuese remuneración variable basada en acciones, la PR detallará los periodos de devengo y la retención de las acciones tras la consolidación, así como, se explicará la manera en que dicha remuneración contribuye a la consecución de los objetivos. Como criterio de referencia se expondrá la forma en la que se ha considerado las condiciones de retribución y empleo de los trabajadores de la sociedad. Por último, en el caso de revisión de la política, se informará de todas las modificaciones llevadas a cabo y los criterios que se han seguido en las votaciones realizadas y los puntos de vista de los accionistas respecto de la PR y los informes anuales de remuneraciones de consejeros desde la fecha de votación mas reciente que haya tenido lugar sobre la política de remuneraciones.¹⁹

La modificación o sustitución de la política de remuneraciones durante su periodo de vigencia, al igual que para su aprobación, requerirá el permiso de la junta general.

Determinada el principio general y la obligatoriedad de la política de remuneraciones, la Ley diferencia entre entre remuneración a percibir por los consejeros en su condición de tales y la remuneración de consejeros ejecutivos en las sociedades cotizadas.

¹⁹ 19 Artículo 529 novodecies, apartado 3, TRLC. Aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros.

Por un lado, respecto a los consejeros por su condición de tales, la remuneración será determinada acorde a la política de remuneraciones dentro del sistema estatutario e indicándose a su vez el importe máximo anual a satisfacer al conjunto de consejeros de misma condición. Asimismo, el consejo de administración establece la remuneración de cada consejero, a la cual se tendrán en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas, la pertenencia a comisiones y demás circunstancias objetivas destacables. Para la determinación de la remuneración para cada clase de consejero según sus funciones me remito al apartado 2.2.3 en donde ya se explicó las clases de consejeros según sus funciones, pero claramente sobre esa explicación habría que excluir a los consejeros ejecutivos para determinar su remuneración en las sociedades cotizadas que se desarrolla en el siguiente párrafo.

En consecuencia, los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, su remuneración deberá ajustarse al sistema de remuneración previsto estatutariamente, a la política de remuneraciones y a los contratos conforme a lo previsto en el artículo 249.

7. DOCTRINA INTERPRETATIVA DE LA REFORMA DE 2014

7.1 Doctrina del Vínculo

En el ámbito empresarial en nuestro país es muy común que los administradores sociales ostenten funciones de dirección y gestión de la empresa con facultades ejecutivas propias de un consejero delegado, administradores únicos, solidarios o mancomunados. Sobre esta situación nace la discusión de la posible compatibilidad de que una misma persona concurren ambos tipos de funciones.²⁰

Este tipo de cargos especialmente importantes son reconocidos legalmente como relaciones laborales especiales de alta dirección previstas en el apartado segundo del artículo 1 del Real Decreto Ley 1382/1985 de 1 de agosto, siendo este tipo de empleados como aquellos que realizan labores inherentes a la titularidad jurídica de la entidad, relacionados con los objetivos de ésta con plena autonomía y responsabilidad limitadas solamente por instrucciones provenientes de los órganos de gobierno y administración. Por otro lado, en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, de manera coordinada con el artículo 1.3 del

²⁰ BARROS GARCÍA, M. (2015): *¿Continúa vigente la Doctrina del Vínculo tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?* Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 41-2015.

RDL 1382/1985, excluye de su ámbito de aplicación las actividades dedicadas al ejercicio del cargo de consejero o miembro del órgano de administración.²¹

Enunciados estos preceptos legales, la cuestión que rodea entorno a la doctrina del vínculo es, la posibilidad para el administrador con funciones ejecutivas de poder compaginar dicho cargo con una relación laboral especial de alta dirección. En un principio, cuando entró en vigor el RDL 1382/1985, la jurisprudencia elaboró la llamada doctrina del vínculo y se posicionaba negativamente ante la compatibilidad de ostentar ambas funciones por un único administrador. El supuesto más conocido fue el “caso Huarte” de la STS de 29 de septiembre de 1988, en la que se elaboraron las siguientes dos conclusiones. Por un lado, la primera es la prohibición del carácter laboral de la relación del administrador social. Y, en segundo lugar, la imposibilidad de acordar un contrato de alta dirección.

Por lo tanto, en la doctrina del vínculo hay que entender que las funciones de dirección y gestión de la sociedad corresponden a la actividad normal ordinaria del administrador social y por ello, no pueden constituir el objeto de una relación laboral especial de alta dirección.²²

La jurisprudencia recalca que para la determinación de la calificación de la relación como mercantil o laboral, en el desempeño paralelo de actividades propias de un órgano de administración y de alta dirección o gerencia de la empresa, no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo. Nos encontramos ante una relación de integración orgánica dentro de la administración social en la que las facultades se ejercen mediante delegación y por ello, debe de calificarse como una relación mercantil que excluiría la posibilidad de mantener al mismo tiempo una relación laboral especial de alta dirección.

La doctrina del vínculo no solamente se ha limitado en la jurisprudencia del orden laboral, sino también ha sido acogida en el orden de lo civil.

²¹ Artículo 1.3 c) RDL 1382/1985: 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 la sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”*.

²² BARROS GARCÍA, M. (2015)

En la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por medio de la sentencia de 30 de diciembre de 1992, derivada del “caso Huarte”, ha consolidado la doctrina del vínculo en lo que respecta a la hora de determinar la reserva estatutaria en materia de retribución de administradores.

En gran medida esta doctrina del vínculo está muy consolidada y aceptada, aunque sigue habiendo ciertas excepciones. Por ejemplo, la STS del orden social de 13 de mayo de 1991 da por válido compatibilizar los cargos de consejero delegado y director general porque están previstos en los estatutos sociales. También, en el ámbito civil, la STS de 9 de mayo de 2001 avala el derecho del consejero delegado a la percepción de una indemnización de servicios en el que se preveía la prestación servicios como administrador ejecutivo.

En la praxis, las principales conclusiones son las siguientes: En primer lugar, la regulación que acuerda el administrador y la sociedad se regula a través de la legislación societaria y en los estatutos sociales. Segundo, se declara la ineficacia de los contratos suscritos entre la sociedad y el administrador. En tercer lugar, la reserva estatutaria será imprescindible para determinar cualquier tipo de retribución, bien sea en forma de beneficios sociales o indemnizaciones en caso de cese en el cargo. Por último, el cargo de administrador es compatible con una relación laboral común.

7.2 Principio de reserva estatutaria

El núcleo del sistema de la remuneración de los administradores sociales, desde normativas antiguas hasta la última de este año 2021, es el llamado principio de reserva estatutaria. Este principio es entendido tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

La razón de ser de este principio en la determinación de la retribución de las remuneraciones reside en la tan necesaria transparencia exigida en las entidades mercantiles, y más aún destacable en aquellas con carácter capital, para así proteger de una forma indirecta a los socios minoritarios.

Para que la presunción del carácter de gratuidad del cargo de administrador sea destruída, como se estudió en el artículo 217.1 LSC, es necesario establecer el carácter retributivo en los estatutos sociales. Pues bien, dicha previsión, que sigue gozando con plena

vigencia desde la reforma de 2014, es conforme a la doctrina registral consolidada que afirma que es necesaria la previsión estatutaria para no llegar a confusiones acerca del carácter retribuido de los administradores.²³

Desde un punto de vista cuantitativo fue urgente imponer la previsión retributiva, para que cobrase una mayor importancia la implementación de un concreto sistema de retribución escogido y así no otorgar una competencia de decisión discrecional ulterior tanto a la junta general como al correspondiente órgano de administrativo.

La previsión estatutaria como mecanismo formal de protección determina que en caso de que se determinase alguna retribución no conforme a los estatutos sociales se declararía como ineficaz y deberá ser reintegrado el importe recibido por el administrador, salvo que hubiese buena fe por parte del administrador ya que podría desconocer la omisión de la respectiva previsión estatutaria.

Ahora bien, un aspecto muy controvertido relacionado con la reserva estatutaria es el grado de concreción de ésta misma. Anteriormente, la normativa tan sólo se limitaba a exigir la constancia estatutaria, pero sin tener que hacer precisión alguna supletoria. Desde la posición doctrinal más firme de la DGRN, establece la necesaria concreción del sistema retributivo con un grado de detalle notable para no dejar escapar ninguna indeterminación que permita la imposición discrecional de retribuciones no previstas anteriormente.

Conforme a lo anterior, la RDGRN de 17 de junio de 2014 indicó que *“el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos que pueden ser cumulativos pero no alternativos”*.²⁴ De lo expuesto en estas líneas, se puede entender claramente que los estatutos deben de determinar los específicos conceptos retributivos y su correspondiente mecanismo de cálculo, sin que pueda caber cualquier tipo cesión de dicha facultad, de manera directa o indirecta a la junta general, ni un sistema alternativo a decidir por la junta o por el órgano de administración.

²³ CURTO POLO, M. *Retribución y Prestación de Servicios de los Administradores de las Sociedades*. Págs. 25-30.

²⁴ Resolución DGRN 17 de junio de 2014.

Tras la reforma operada por la Ley 31/2014, el problema del grado de concreción sigue discutiéndose, pero en menor medida. La legislación vigente, como se vio en el análisis del artículo 217 en su apartado dos de tal precepto, la determinación del sistema de retribución se extiende a los conceptos retributivos que constituyan el sistema de remuneración. Sin embargo, no debería entenderse esta concreción de los conceptos retributivos en los estatutos sociales como una mera modificación legislativa, sino que supone ésta como relevante respecto a la anterior regulación, y, además, la doctrina registral y jurisprudencial venía desarrollándola.

Ante esta tendencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2015 entendió el sistema de retribución como *“el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución. En consecuencia, los estatutos deben de establecer el sistema a través del cual se determinen las percepciones económicas de los administradores societariamente por razón de su cargo”*.²⁵ Esas percepciones económicas se entienden como los conceptos retributivos enunciados en el artículo 217.2 LSC. Además, es interesante recalcar el apartado d) de este mismo precepto en caso de que la retribución fuese variable bastará con establecer *“indicadores o parámetro de referencia”*. Podría entenderse que estos indicadores o parámetros guardan cierta coherencia con lo desarrollado en el apartado cuarto del artículo 217, en el cual se indican los criterios de proporcionalidad razonable de determinación de las retribución de los administradores, porque podría abrir la ventana de establecer cláusulas estatutarias en las que se fijen conceptos retributivos que puedan concretarse ulteriormente conforme al procedimiento previsto legalmente y siguiendo los parámetros determinados estatutariamente. Por lo tanto, las retribuciones podrían verse modificadas, con respaldo estatutario, y siendo conformes a las siguientes circunstancias: la situación económica actual de la sociedad o a los estándares de mercado de empresas del mismo sector. Pero el hecho de que se contemplen diferentes conceptos de remuneración podría implicar que la retribución de los administradores no se satisfaga constantemente, sino que habrá que atender a las circunstancias anteriores.

Con todo lo descrito hasta ahora, parece razonable, sin ir en contra de la exigencia estatutaria, que pueda establecerse un concepto retributivo principal, sea fijo o variable, y prever otros posteriores acumulativos a los fijados en un principio siendo compatibles entre sí y conformes a las circunstancias dadas en determinadas situaciones.

²⁵ STS 180/2015. Fundamento de Derecho 3º.1 párr. 2.

Cabe explicar como punto final de este epígrafe, cuál es el tratamiento jurídico que se les otorga a los conceptos retributivos con carácter subsidiario²⁶. No parece razonable que existan diferentes alternativas retributivas porque provocarían demasiadas dudas de compatibilidad con la exigencia de la previsión estatutaria e iría en contra de la transparencia deseada por el legislador. Sin embargo, podría caber la posibilidad de concretar diferentes conceptos retributivos alternativos por haberse previsto en los estatutos los parámetros para su aplicación. En esta misma línea, la DGRN se pronunció en una resolución de abril de 2015 aceptando que una cláusula que establece la retribución *“en la cantidad más alta entre un porcentaje de los resultados de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior, o una cantidad anual concreta determinada en esa cláusula”*²⁷, por lo que la junta general no podrá optar por uno u otro concepto retributivo discrecionalmente, sino que se retribuirá con la cantidad más alta de las dos.

8. ANÁLISIS DE LA STS DE 28 DE FEBRERO DE 2018

Con el objetivo de poder entender y fortalecer de una forma más real todas las explicaciones anteriores y ver como se relacionan los diferentes aspectos teóricos vistos, en este epígrafe se expone un enfoque práctico a través de la Sentencia del Tribunal Supremo 494/2018, de 26 de febrero de 2018.

Esta sentencia dictada por el órgano supremo de justicia en nuestro país dictamina sobre un litigio entre la entidad mercantil AS-3 S.L en calidad de parte recurrida, y el Registrador Mercantil, D. Arsenio, como recurrente ante la estancia suprema.

El objeto de discusión en esta sentencia es debido a la interposición de una demanda de impugnación contra la calificación negativa del Registrador Mercantil para inscribir una cláusula²⁸ de los estatutos sociales, la cual regula la retribución de los administradores de la

²⁶ Un ejemplo de este tipo de retribuciones podría ser en el caso de una participación en beneficios que sea fijada como concepto principal pero que exista un concepto alternativo en caso de que la sociedad no obtenga beneficios en un determinado ejercicio.

²⁷ Resolución DGRN 9 de abril de 2015

²⁸ Cláusula estatutaria: “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”

sociedad mercantil. Además, cabe añadir que según la propia sentencia afirma que *“el significado y alcance de esta reforma, en lo relativo a la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos de las sociedades cotizadas constituyen el objeto del presente recurso”*²⁹

Seguidamente procediendo al análisis del precepto en sí podemos comprobar un par de detalles destacables. Rápidamente, nos encontramos que en la misma cláusula se prevé el doble carácter remuneratorio y no retributivo del cargo de administrador. Sin bien, se diferencia que será remunerado por acuerdo de consejo en caso de existir los consejeros ejecutivos por ejercer funciones ejecutivas delegadas, sin que proceda anteriormente previsión estatutaria ni la voluntad de la junta general a través de un acuerdo de este órgano. Además, como fundamento del carácter remuneratorio de este tipo de consejero, éste se sustenta sobre el artículo 249.2º LSC. Y, en segundo lugar, el carácter gratuito de administrador se expresa literalmente, es decir, se reafirma la condición de gratuidad del cargo indicándolo expresamente en lugar de presumirlo como está previsto en la propia ley.

A causa de la compleja variedad de diferentes puntos de vistas doctrinales e interpretativos, a continuación, se exponen el análisis de cada uno de ellos hasta que el órgano supremo dictamine el correspondiente fallo.

El Registrador afirmó en su nota negativa, que a la vez que se determina la no retribución del cargo de administrador y la posibilidad remunerar a los consejeros ejecutivos, se ha vulnerado el principio de reserva estatutaria. La importancia de este principio según el Registrador se realza porque tanto la existencia de la remuneración como el sistema retributivo deben de constar en los estatutos de la sociedad ya sea en su constitución como en su posterior modificación mediante acuerdo de la junta como la competencia exclusiva de este órgano y no del consejo de administración. Sin embargo, la entidad demandante alegó que el Registrador vulneró los artículos 217 y 249 TRLSC porque no atendió a la reforma del 2014 que consagra la tesis de la dualidad retributiva³⁰ de los administradores sociales. Seguidamente, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda considerando que la cláusula vulneraba el principio de reserva estatutaria.

²⁹ Fundamento de derecho cuarto, apartado 1 de la STS 494/2018.

³⁰ Dualidad retributiva: Por un lado, el artículo 217 TRLSC tiende a aplicarse a los administradores con condición de tales, por el cual bajo determinación estatutaria de la remuneración se establece el sistema de remuneración y los conceptos retributivos. Por otro lado, los consejeros delegados o con funciones ejecutivas se les aplicará el artículo 249 TRLSC mediante la suscripción de un contrato.

La sociedad demandante apeló la sentencia ante la Audiencia Provincial. Esta instancia judicial estimó el recurso de apelación optando por la tesis de la dualidad de regímenes retributivos ostentada por la DGRN y gran parte de la doctrina. Finalmente, la representación del Registrador Mercantil formula un recurso de casación por infracción de los arts. 217 y 249 TRLSC que tras la reforma por la Ley 31/2014 se determina la aplicación cumulativa de ambos preceptos y no excluyente.

El fundamento tercero comienza exponiendo un desarrollo breve de la evolución regulatoria de la retribución de los administradores hasta antes de la Ley 31/2014 que ya ha sido desarrollada anteriormente en el apartado 5 de este trabajo.

Seguidamente, se realiza un análisis de la jurisprudencia respecto a cómo se ha entendido por reserva estatutaria en Sala de lo Civil del Tribunal Supremo anteriormente. La jurisprudencia declara la necesidad de prever estatutariamente el carácter retributivo del cargo de administrador y el sistema de remuneración, pero su vez, aboga por la tutela de intereses de los administradores. La finalidad de la previsión es proveer la máxima información a los socios para controlar la actuación de los administradores en materia de retribuciones. Como ya fue indicado en el epígrafe tercero de esta exposición, se enuncia la concurrencia de intereses en el seno de la sociedad, los cuales podían llegar a generar fuertes conflictos entre los administradores por maximizar sus retribuciones, la sociedad por minorar gastos y los propios socios por maximizar sus beneficios. Los socios, como mecanismo primario para fijar el régimen retributivo de los administradores sociales, adoptan un acuerdo en la junta general con una mayoría cualificada la regulación de las cuentas anuales, en cuya memoria se detallan los sueldos, las dietas y remuneraciones de cualquier clase.

Como punto de partida del análisis jurisprudencial, el TS se remite a la sentencia 505/2017, de 19 de diciembre, en la cual se determina que la previsión estatutaria era un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico. Para determinar la esencia de la previsión estatutaria el TS se basó en los antiguos artículos 130 y art 9.h LSA y al art 66.1 de la LRSL, exigiéndose en ambos preceptos, como ya se vio, la constancia estatutaria del sistema de retribución de la administración sin concretar una cuantía específica, aunque si se fijaba esa cuantía en el supuesto de pago de una cantidad fija. A raíz de la doctrina jurisprudencial expuesta, el tribunal comprende justificada la percepción de remuneración, mediante la suscripción de un

contrato con la sociedad, de una retribución abonada por esta misma pese a que el cargo se determinase gratuito en los estatutos. Por ello, debía de concurrir el “*elemento objetivo de distinción entre servicios debidos por una y otra causa*”, esto es debido al cargo orgánico del administrador y por el título contractual. En definitiva, la jurisprudencia no discrimina entre las funciones deliberativas o de decisión societarias y las de ejecución y gestión empresariales, y consecuentemente, no se admitía la celebración de un contrato por el que se remunerasen las funciones ejecutivas del administrador cuando careciese de apoyo estatutario o de acuerdo de la junta general. Así lo reforzaba en mayor medida la sentencia 412/2013, de 18 de junio de 2013, y las sentencias mencionadas en ésta misma resolución judicial, asentándose de esta manera el “*tratamiento unitario*” de la remuneración del administrador.

Respecto al fundamento de derecho cuarto, se desarrollan los artículos 217, 218, 219 y 249, con la finalidad de destacar los cambios más destacables de la reforma del año 2014 y que han sido estudiados en el epígrafe número seis de esta exposición.

A continuación, esta sala del órgano supremo aborda la línea argumentativa de la Audiencia Provincial de Barcelona que apoya a la representación de la entidad mercantil. La AP considera más apropiada la tesis elaborada por un sector importante de la doctrina y por la DGRN. La resolución sobre la que se apoya la decisión y expone literalmente la AP es la resolución 17 de junio de 2016.

La DGRN separa la retribución en dos diferentes supuestos. Por un lado, la retribución de funciones inherentes al cargo de administrador, y, por otro lado, la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

Por un lado, en cuanto a las primeras funciones, estas no son iguales dependiendo de la forma de organizar la administración. Si se trata de una administración compleja, es decir, colegiada mediante consejo, las funciones inherentes son meramente deliberativas (estrategia y control). Por lo tanto, el sistema de remuneración de estos consejeros que realizan tales funciones debe regularse en los estatutos. Sin embargo, la función ejecutiva (gestión ordinaria desarrollada individualmente mediante delegación orgánica) no se entiende como una función inherente, sino una función adicional surgida de una relación jurídica del nombramiento como consejero por la junta general y que nace a su vez, de una relación jurídica por el nombramiento por el consejo de un consejero delegado. Por ello, se entiende

que la respectiva retribución de este consejero no debe constar en los estatutos, sino que emerge del contrato que suscribe el pleno del consejo con el consejero. De forma contraria, si estamos ante una administración simple, las funciones inherentes al cargo incluyen todas las anteriores, incluidas las ejecutivas. Por lo tanto, en este último caso, el carácter retribuido y el sistema de retribución deben constar en los estatutos.

Por otro lado, respecto a las funciones extrañas al cargo. Estas funciones la DGRN entiende que no deben de constar en los estatutos tampoco, sino solamente en los contratos correspondientes a la naturaleza del servicio (arrendamiento o contrato laboral ordinario) porque no tiene nada que ver con la gestión y dirección de la empresa. Si el contrato fuese laboral de alta dirección, las funciones de alta dirección se asimilan a las funciones inherentes al cargo en esta forma de administración.

En definitiva, la AP admite la cláusula que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador, por su servicio como tal, y que se aplique la remuneración por el cargo de consejero delegado mediante la formalización del correspondiente contrato, emitiéndose ésta como un plus respecto a las funciones inherentes. De esta manera, no habría porque de aplicarse el artículo 217.2 LSC que impone la reserva estatutaria.

Ante el fallo de la AP, la parte del Registrador Mercantil impone un recurso de casación ante la Sala Primera del TS. Por ello, el fundamento de derecho sexto analiza el significado de la reforma de 2014, la reserva estatutaria del sistema de remuneración y el contrato concertado con los consejeros delegados o ejecutivos.

El TS dista de la posición de la cual se ha inclinado la DGRN y la AP. Antes de exponer su postura, hace un inciso sobre dos aspectos muy importantes.

Cuando se procede a interpretar nuevos preceptos legales debe de realizarse a través de instrumentos de interpretación que dispone el Código Civil en su artículo 3.1, en el cual el sentido literal de las palabras es uno de ellos. Además, el órgano judicial debe resolver los litigios aplicándose la norma consagrada en los textos legales, no respecto a la intención o voluntad que se desee reflejar.

Como primer argumento, este órgano judicial no se inclina por la postura excluyente del artículo 217 que regula la remuneración de administradores que no sean consejeros delgados o ejecutivos, o la del artículo 249.3 y 249.4 dirigida a la remuneración de los consejeros delgados o ejecutivos. De este modo, ni la exigencia de previsión estatutaria y ni el preciso acuerdo de la junta general afectaría a la remuneración de estos últimos consejeros.

El artículo 217 regula sobre todo el conjunto de remuneraciones de los administradores como ya se remarca en su propio título, “*remuneración de los administradores*”, y en su primer apartado se indica que si se remunera a los administradores hay que expresarlo obligatoriamente, así como el sistema de remuneración, y no se excluirá de esta previsión a los administradores con funciones ejecutivas.

La condición de administrador como tal por ejercer funciones inherentes no solamente se limita tan solo a funciones deliberativas, sino que también se incluyen las funciones ejecutivas. Esa exclusión de funciones ejecutivas de las inherentes es contraria a lo previsto en artículo 209 TRLSC porque se determina que la competencia de los administradores son las funciones deliberativas, representativas y ejecutivas. Además, aclara que el sistema orgánico de administración social es monista y, por ende, no se diferencia un órgano ejecutivo y de representación de otro de supervisión. Por lo tanto, por todas las funciones por las que serán remunerados los administradores serán por su condición de tales.

Respecto a la forma compleja de organización mediante el consejo de administración, éste puede delegar algunas de sus facultades, especialmente ejecutivas, en uno o varios sujetos. Esta delegación está permitida por la Ley de algunas facultades, pero estas no se excluyen de ser facultades inherentes al cargo de administrador. Éstas mismas, son claramente delegadas al ser funciones propias de los administradores delegantes, propias a su condición de tal.

De esta forma, administrador “en su condición de tal”, se entiende como administrador en el ejercicio de su cargo, sin diferenciar las funciones que realice. Además, se contrapone al término “administradores” del artículo 220 TRLSC, dirigido a las SL, que hace referencia a la persona que lo desempeña y no al cargo.

El TS le parece inadecuado o poco convincente que el hecho de una gran parte de los conceptos retributivos previstos en el sistema de remuneración establecido en el artículo 217.2, en especial participación en beneficios o remuneración en acciones vinculadas a su evolución desarrollados respectivamente en los artículos 218 y 219 TRLSC, sean los más comunes a los consejeros delegados o ejecutivos y, por tanto, no estén previstos estatutariamente. Asimismo, la Recomendación C (2009) 3177 de la Comisión Europea afirma que las formas de retribución anteriores solo son apropiadas para los consejeros con funciones ejecutivas en las sociedades cotizadas, pero por analogía, podrían verse así también las sociedades no cotizadas.

Desde el artículo 249.bis.i TRLSC, se puede comprobar que también la reserva estatutaria es aplicable a los consejeros delegados y ejecutivos. Esto es debido a una de las facultades indelegables por el consejo de administración es la de la obligación de determinar la remuneración de los consejeros en los estatutos sociales, en el marco estatutario o de la política de remuneraciones aprobada por la junta general. Esa remuneración de consejeros no está referida especialmente ni a los consejeros ejecutivos ni a los que tengan condición de tales, sino a todos los administradores sociales incluidos los del consejo de administración, así como los consejeros delegados y ejecutivos.

Los artículos 249.3 y 4 TRLSC cuando prevén que, para el nombramiento de un consejero delegado o la atribución a este de funciones ejecutivas, previamente, el consejo de administración aprobará un contrato que se celebra entre el consejero nombrado y la sociedad detallándose en este todos los conceptos por los que se pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas.

En el punto número diez, tampoco creen acertado que el artículo 217.2 no sea aplicable a los consejeros delegados o ejecutivos cuando a su vez si que lo son los artículos 218 y 219 TRLSC siendo estos mismos el desarrollo de dos de los conceptos retributivos del artículo 217.2. Además, en ambas disposiciones normativas se refieren genéricamente a los administradores, sin especificar que tipo.

El TS hace hincapié en lo que respecta al artículo 217.3, el cual aborda la competencia distribución de la retribución máxima y anual del consejo de administración, mediante acuerdo, que deberá tener en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas a cada

consejero. Por ello, carece de sentido que no se aplique este precepto si solamente se regula la retribución de los administradores con funciones deliberativas, porque los que ejercen funciones ejecutivas están previsto en el artículo 249 LSC. Por ello, consideran que los apartados 3 y 4 del anterior precepto son el desarrollo del acuerdo de retribución entre los diferentes administradores adoptado por el consejo de administración en base a ese mismo artículo 217.3, y a su vez, enmarcándose en la previsión estatutaria y dentro del importe máximo anual global aprobado por la junta general.

Respecto a la no aplicación del artículo 217.4, objetan que no es posible que la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos, siendo ésta la más importante de todas, pueda eludir los parámetros de retribución de ese mismo precepto.

Finalmente, el TS concluye con interpretación conjunta y no excluyente del artículo 217 con el artículo 249 por no creer correcto que la expresión administradores en su condición de tales signifique excluir la aplicación de este artículo a los administradores con funciones ejecutivas o delegadas.

A raíz de toda la reforma por la Ley 31/2014, el TS explica el sistema retributivo queda estructurado en tres niveles:

El primer nivel son los estatutos sociales que establecen el carácter gratuito o retributivo del cargo. En caso de ser remunerado el cargo, deberá determinarse qué sistema de retribución que fijará los conceptos retributivos pagados.

El segundo nivel es el acuerdo de la junta general de socios, que marca el importe máximo y anual de remuneración de los administradores en las sociedades cotizadas o adoptar un contenido mayor que índice una política de remuneraciones.

Por último, el tercer nivel son las decisiones que toman los mismos administradores. A no ser que la junta general estime otra cosa, corresponden a los administradores la distribución de la retribución entre los distintos administradores conforme a la cantidad máxima anual total aprobada por la junta general.

Como punto final a esta exposición argumentativa a favor de la imposición de la reserva estatutaria respecto a la competencia atribuida al consejo de acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, el TS afirma que ésta misma debe de ser interpretada de una manera menos rígida y sin las exigencias de precisión tan rigurosas como abogaba la jurisprudencia de varias salas de lo de ese mismo tribunal. La atribución de la competencia de distribución de la retribución supone reconocer un ámbito de autonomía, mencionado en el artículo 249.bis.i TRLSC regulado anterior y principalmente en el artículo 217 TRLSC. Ese ámbito de autonomía, respaldado bajo previsión estatutaria, permite la adecuación de las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las exigencias sociales y, sobre todo, la situación económica global del momento. De esta manera, se proporcionaría una garantía los socios y se evitaría remuneraciones desproporcionadas e inesperadas.

9. POSTURAS DOCTRINALES

En la discusión doctrinal sobre cualquier asunto objeto de debate jurídico puede darse el fenómeno de la existencia de diversas posturas de pensamiento siendo estas muy polarizadas en sus extremos o por otro lado más intermedias y conciliadoras. En este caso, no mucho menos escapa de debate en los que concierne al núcleo de este trabajo dedicado a las remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital.

9.1 Aspectos prácticos y concluyentes de la STS 26 de febrero de 2018

La finalidad del desarrollo de este subepígrafe es exponer los caracteres concluyentes más destacados que van a tener mayor repercusión en la práctica desde el punto de vista societario y fiscal.

En lo que respecta al ámbito societario, las entidades mercantiles se verán sometidas a tener que hacer una intensa revisión de su normativa societaria propia para adaptarse a las nuevas exigencias de la sentencia de 2018. A partir de esa resolución, cualquier retribución de los administradores y consejeros ejecutivo o delegado con funciones ejecutivas deberá estar prevista en los estatutos sociales, conforme a límite máximo anual cuantitativo acordado por la junta general.

Por otro lado, adentrándonos en la posición fiscal, la Ley 27/2014 derogó la antigua Ley del Impuesto de Sociedades, y se determina que las remuneraciones proveídas a los administradores, independientemente de las funciones que ostenten, serán deducibles.

9.2 Doctrina DGRN

9.2.1 *Resolución 31 de octubre de 2018*

La Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018³¹, publicada en el BOE el 20 de noviembre, resuelve un recurso planteado contra la calificación negativa del Registrador Mercantil de la inscripción de dos puntos de una cláusula estatutaria sobre la administración de una sociedad anónima unipersonal, que fue introducida por el único accionista en el ejercicio de su competencia. El contenido de la cláusula esta formado varios puntos de los cuales se referían a diversos aspectos: duración del mandato; retribución de los consejeros en su condición de tales a través de dietas de asistencia e indemnización por cese dentro de la cuantía máxima fijada por la junta general; facultad del consejo para determinar la retribución inicial de cada consejero; y retribuciones adicionales.

La razón por la que el Registrador Mercantil determinó negativamente dichas cláusulas fue por la falta de determinación estatutaria porque no se establecía en los estatutos el sistema de retribución de los consejeros que ostentasen funciones ejecutivas. Es decir, el principio de reserva estatutaria del artículo 217 debía de ser aplicado para la concreción de las retribuciones de los consejeros como se determinó en la STS de 26 de febrero de 2018.

Ante dicha calificación negativa esta fue recurrida con una alegación claramente oponente a la interpretación unitaria del régimen de retribuciones en la sociedad no cotizada y, por tanto, muestra una postura a favor del régimen dualista.

Inicialmente el recurrente introduce un “planteamiento de la cuestión” a través de la invocación del debate sobre la doctrina de vínculo abandonada, según el recurrente, por la reforma de 2014 de la LSC y recuperada nuevamente por la STS de 26 de febrero de 2018 que sostenía la aplicación cumulativa de los artículos 217 y 249 LSC en la configuración del

³¹ Resolución de DGRN 31 de octubre de 2018.

régimen retributivo de los administradores. Planteada la cuestión inicial, el recurrente pretende desvirtuar los argumentos de la STS con la intención de justificar la doctrina de la DGRN a través de la explicación de cinco argumentos.

El primer argumento es de carácter histórico referido a todo el proceso que se llevó a cabo para elaborar la reforma de 2014 haciendo referencia al Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo. Asimismo, fue interpretado erróneamente el principio “*mens legislatoris*” en la STS, la cual afirma que debe de ignorarse lo descrito en el Preámbulo de la Ley 31/2014 porque había un error de transcripción en su contenido.

Seguidamente, en segundo lugar, se alega un argumento gramatical referido al uso de la expresión “en su condición de tales”, para puntualizar la diferencia entre consejeros que ostentasen funciones ejecutivas y los consejeros que no ejerzan dichas funciones. De esta forma, se critica la postura del TS por ignorar el contenido de esta expresión sin reconocer su finalidad y equiparándolo al término simple de “administrador”. Asimismo, afirma que la distinción de administradores remarcada por el legislador para las sociedades cotizadas es análogamente aplicable a las sociedades no cotizadas. Es decir, esa distinción se traslada a lo previsto en el artículo 529 septedecies LSC referido a la remuneración de los administradores por su condición de tal y el artículo 529 octodecies LSC dirigido a la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas.

A continuación, el tercer argumento es el “sistemático” por el cual el recurrente pretende contrarrestar valor a dos aspectos de la STS cuando ésta observa que algunos elementos, del régimen general no aplicable a los ejecutivos, tenían sentido y aplicación en su caso. Estos dos aspectos consisten, por un lado, en los conceptos retributivos de acción variable de la lista del artículo 217 y desarrollados en los artículos 218 y 219, y, por otro lado, la invocación de las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, como parámetro para distribuir la retribución por el consejo. El recurrente alega que aquellos conceptos también son aplicables a la estructura organizativa simple (presidente, vicepresidente, secretario, coordinador) y no especialmente a consejeros ejecutivos.

En lo que concierne al argumento “lógico”, el recurrente cree que es un tanto complejo la obligatoriedad de cumplir los requisitos de los artículos 217 y los del 249 LSC, porque si se aplicase la reserva estatutaria (art. 217) sería innecesario celebrar un contrato

(art. 249). De este modo, la acumulación de requisitos haría más riguroso el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades no cotizadas en comparación con las sociedades cotizadas.

Finalmente, el listado argumentativo del recurso finaliza con una perspectiva finalista. Si la intención del TS era proteger en mayor medida los intereses de los socios, y especialmente, el de los minoristas, ante la determinación de una retribución que no fuese transparente y estuviese fuera de control en el consejo de administración, se debería de tener en cuenta que los socios son quienes deciden la forma de organizar la administración de la sociedad mercantil y además tienen los mecanismos jurídicos con los que puedan intervenir en el propio consejo.

Con toda la línea argumentativa presentada, la DGRN procede a estimar el recurso y de esta manera tensa más aun el debate. En ese momento, por el mero hecho de estimar el recurso se aprecia claramente la postura contraria de la dirección general frente a la interpretación del TS. Sin embargo, la interpretación de la DGRN en los fundamentos de derecho de la resolución, aparentemente, es mucho menos conflictiva que los argumentos expuestos anteriormente por el recurrente.

La DGRN comienza su interpretación del modelo legal de retribución de administradores en las sociedades no cotizadas realizando de nuevo un repaso de toda la jurisprudencia de la misma dirección³², así como la doctrina expuesta desde la reforma de 2014 y la doctrina de la STS de 26 de febrero de 2018. Inicialmente, acoge el razonamiento de flexibilidad de interpretación del nuevo sistema en todo su conjunto que aboga la Sentencia anterior, es decir, defiende el carácter flexible de los requisitos de la reserva estatutaria.

La DGRN procede a un análisis comparativo entre, la cláusula calificada negativamente por la Registradora Mercantil discutida en este caso, con la cláusula tratada en la STS de 26 de febrero de 2018. Por un lado, respecto a la primera cláusula, claramente no se indica en ninguna parte alguna mención de la previsión estatutaria del sistema retributivo

³² Resoluciones DGRN de 30 de julio de 2015 (el contrato entre el administrador y la sociedad deberá recoger todos los conceptos remuneratorios en virtud de los cuales se percibirá la remuneración) y 17 de junio de 2016 (distinción entre funciones inherentes al cargo de administrador y las funciones extrañas a su condición de tal).

de los consejeros ejecutivos y parece omitirse la competencia de la junta general para delimitar las retribuciones. Por otro lado, respecto a la segunda cláusula (STS), se hace alguna mención sobre esta previsión estatutaria, pero con la intención de negar su utilidad, y cabe añadir que se aclara la no necesidad de proceder a un acuerdo de la junta general para determinar las retribuciones de los consejeros ejecutivos.

En estas dos cláusulas la DGRN afirma que en ninguna de ellas se contradice el principio de reserva estatutaria, sino que toman *“ciertos extremos relacionados con la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas, como tampoco niegan la competencia de la junta para delimitar algunos elementos de su cuantificación”*³³. Exactamente la intención es determinar que los ejecutivos tendrán derecho a ser retribuidos adicionalmente conforme al desempeño del cargo con funciones ejecutivas, aún indicándose los conceptos, el principio de reserva estatutaria se satisface suficientemente, aplicando esa flexibilidad que de cabida para combinar estatutos y el contrato respecto a las retribuciones con funciones ejecutivas. Finalmente, la DGRN concluye que en caso de que hubiera rechazado el recurso y ratificase la calificación negativa del Registrador Mercantil hubiera habido una desatención del principio de reserva estatutaria al desaparecer los criterios que determinasen el grado de determinación estatutaria de las retribuciones que podría ser completado con el contrato de los consejeros ejecutivos.

En definitiva, puede entenderse que esta resolución de la DGRN no contradice plenamente a la Sentencia de 26 de febrero de 2018 en todo su esplendor. Sino que pretende concretar ciertos matices extrayendo de ella un punto de vista flexible, y de esta forma, en el presente caso es comprensible que se aplica la intención finalista de la STS respecto a la reserva estatutaria y a la flexibilidad en la determinación de las retribuciones de los consejeros ejecutivos.

9.2.2 Resolución de 8 de noviembre de 2018

Seguidamente a la resolución promulgada de la DGRN comentada anteriormente, esta misma dirección en el mes siguiente promulgó otra resolución, a fecha de 8 de noviembre de 2018. Esta resolución³⁴ no está tan estrechamente relacionada con la resolución anterior respecto a la reserva estatutaria de la retribución de los consejeros

³³ Resolución de DGRN 31 de octubre de 2018.

³⁴ Resolución de DGRN 8 de noviembre de 2018.

ejecutivos pero la cercanía temporal de ambas resoluciones puede aportar un valor complementario a la explicación.

En este supuesto nos encontramos ante la calificación negativa de inscribir el nombramiento de un consejero delegado por medio del contrato previsto en el artículo 249 LSC. Desde el Registro Mercantil se comprendió que el cargo de consejero delegado era retribuido entendiéndose como un elemento necesario en dicho contrato, pero la cláusula estatutaria lo contradecía afirmando que *“la actuación del órgano de administración no estará retribuida”*³⁵. Claramente se cuestiona la reserva estatutaria pero especialmente emerge un planteamiento de la cuestión sobre la obligatoriedad de entender que el cargo de administrador ejecutivo es retribuido por la mera existencia de un contrato ejecutivo y de esta forma, no es posible comprender un contrato sin que se exprese la retribución. Si por el hecho de haya un contrato ha de determinarse la retribución, entonces, si que habría un conflicto respecto a la reserva estatutaria porque no solamente los estatutos prevén los conceptos retributivos ni determinan el sistema de retribución, sino que destacadamente se expresa la gratuidad del cargo para todos los administradores sin distinción de ningún tipo entre ellos porque se estima que la actuación general del órgano administrativo no será retribuida.

La resolución interpreta el artículo 249 LSC sobre el contrato de los consejeros ejecutivos, pero no se posiciona de ninguna manera en el carácter cumulativo o alternativo del régimen de retribuciones tan discutidas por la doctrina y la jurisprudencia, y tampoco hace ninguna valoración sobre si el artículo 217 LSC debe de aplicarse a los consejeros ejecutivos. El núcleo de interpretación de la resolución fue estimar, por un lado, la necesidad del contrato cuando existan consejeros delegados o con funciones ejecutivas por un título diferente, y, por otro lado, indicar que es erróneo pensar que por pactarse un contrato debe presumirse su retribución, entendiéndose que el contrato deber de prever la retribución en su contenido. Sin embargo, en el caso contrario, si el cargo fuese retribuido se detallará en el contrato los conceptos y no deberá haber retribuciones externas que no se indiquen en dicho contrato.

El contenido del contrato es ajeno a determinar la retribución, la DGRN cita otros ejemplos en su contenido como la concreción de determinadas obligaciones, consecuencias

³⁵ Resolución de DGRN 8 de noviembre de 2018.

del cese en el cargo, desistimiento en el contrato, etc. Además, el contrato no tiene publicidad en el Registro Mercantil, por lo que Registrador no tiene competencia para estimar si su contenido cumple con las exigencias del artículo 249, o si contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador. Por tanto, lo que afirma la DGRN es que se debe de comprobar si el contrato se ha celebrado correctamente.

9.3 Doctrina crítica

La Sentencia 26 de febrero 2018 suscitó ciertas inquietudes para algunos autores en el ámbito doctrinal jurídico en nuestro país sobre una discusión que un principio según ellos estaba superado, pero no es así debido a la posición impuesta por el Tribunal Supremo.

Comenzando por el sector doctrinal oponible a la línea argumentativa de esta sentencia, uno de los mayores representantes más críticos a esta sentencia es ALFARO ÁGUILA-REAL³⁶.

Antes de adentrarse al análisis de la sentencia, el autor explica la postura que mantiene y considera válidos algunos argumentos como base para elaborar su opinión. Según ALFARO, la doctrina del vínculo anteriormente vista, no debe seguir persistiendo como si lo hace la STS criticada. Esto es debido a que el administrador ejecutivo está vinculado a la sociedad por una doble relación. Por un lado, como una relación de administración, y, por otro lado, la relación por el ejercicio de funciones ejecutivas. Esta segunda relación se caracteriza por la vinculación que existe entre el consejo y consejero ejecutivo, y de este modo, tiene el carácter laboral de alta dirección por existir una posición autónoma de éste. Sin embargo, si el consejero delegado tuviese participaciones en el capital social, la discusión podría ser diferente. Además, destaca que la retribución del consejero delegado debe estar determinada por el Consejo y no por los estatutos sociales, los cuales solo determinarían la remuneración de los administradores en su condición de tales.

La sentencia con el fin de imponer su postura crítica a los argumentos enunciados en el anterior párrafo focaliza el núcleo de discusión en la expresión administrador “en su condición de tales”, globalizando ésta tanto a los administradores en calidad de miembros del consejo de administración, así como, los consejeros delegados con funciones ejecutivas,

³⁶ Alfaro Águila-Real. Almacén de Derecho (2018): “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”.

para la determinación de su remuneración mediante los estatutos sociales o el acuerdo de la junta. Este argumento expuesto por la sentencia, el autor cree que el órgano judicial no comprende adecuadamente el tenor literal de los artículos 217 y 249 LSC, y no realiza la división de los sistemas de administración compleja y simple. Además, destacadamente, la autonomía de los propios administradores se sitúa en una posición infravalorada porque el Supremo no incide en el carácter imperativo del artículo 217, e igualmente, no fue desarrollada la razón por la que se prohibiese el pacto para poder establecer los miembros de consejo de administración cuando se determina la remuneración de los consejeros delegados, aún siendo ya limitados dichos pactos a los regladas establecidas por los propios socios.

Respecto a la cláusula estatutaria discutida, el autor percibe que la redacción está enfocada con el propósito para que recibiese la calificación negativa del Registrador Mercantil y, consecuentemente, se forzase a la justicia ha pronunciarse. Por ello, ALFARO estima que los argumentos presentados por el Supremo son erróneos por razones simplemente lógicas presentadas a continuación.

Ante la afirmación del TS sobre *“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 cláusula”*, Alfaro determina que no existe contradicción en una cláusula donde se indique que no percibirán remuneración alguna aquellos administradores que pertenezcan y deliberen las decisiones del consejo de administración, pero si que la recibirán aquellos que ostenten funciones ejecutivas. De esta forma, el TS podría declarar que la remuneración del consejero delegado no podría determinarse a través del contrato de delegación de funciones ejecutivas, pero no puede afirmarse que la cláusula sea contradictoria.

Seguidamente el TS considera que *“no se establece sistema de remuneración alguno para los consejeros ejecutivos, es más, se declara que no es necesaria previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios”*. Nuevamente, es inoportuno para ALFARO afirmar que la cláusula que se remite al contrato previsto en el artículo 249 LSC no establezca algún sistema de retribuciones para los administradores ejecutivos, y en realidad, si que lo hace en el a través del acuerdo de dos tercios de mayoría del consejo de administración acatando los requisitos del artículo 249 LSC a pesar de que los socios no puedan decir nada al respecto.

En cuanto a la expresión “en su condición de tales”, este autor por analogía incide en la diferenciación apreciable en la LSC para las sociedades cotizadas. Dicha expresión fue introducida por el legislador por alguna razón lógica y su significado se determina en base a los cambios introducidos por la reforma del año 2014, a través del artículo 249 y los artículos 529 septedecies y octodécies, incluso puede adherirse a estas disposiciones normativas el documento previo a la reforma elaborado por la Comisión de Expertos que determinó que la fijación de la retribución le corresponde al consejo de administración y que sirvió para la redacción de dicha reforma legislativa.

A través de una interpretación sistemática de la normativa que realiza ALFARO la expresión “en su condición de tales” está redactada dos veces en el artículo 217 e incluso en los 529 septedecies 1 y 2 donde se regula la política de remuneraciones. Seguidamente, el artículo 529 octodécies se refiere a la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas. De esta forma, se diferencia la remuneración del administrador en su condición de miembro en el Consejo de Administración y la remuneración del administrador en condición de delegado del Consejo por desempeñar funciones ejecutivas.

Otro aspecto que ALFARO critica es respecto al tratamiento que la sentencia otorga al consejo de administración como órgano de gobierno. El órgano judicial supremo, como contrapartida al sistema monista que propone, parece no comprender el desglose en la legislación de una administración compleja que asigna funciones ejecutivas mediante delegación (si son funciones permanentes) o por mandato (contrato específico, ej: servicio de prestación de servicios) y una administración simple donde las funciones ejecutivas no están asignadas a un miembro del órgano de administración específico, sino que las realizan uno o varios administradores individualmente. Estas formas de administración si que la diferencia la AP de Barcelona en base a la resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016 que ya fue detallada en el epígrafe octavo de esta exposición.

Según el autor, para poder impulsar la forma de administración compleja, sostiene que generalmente las personas jurídicas, en este caso sociedades mercantiles, tienen capacidad jurídica pero no tienen capacidad de obrar y necesitan unos órganos que les complete esa falta de actuación, bien sea a través de administradores individuales o mediante un consejo de administración. Por ello, cuando se regula la forma de administración en las sociedades anónimas, el artículo 210.2 LSC ordena que, si existe un grupo de administradores

mancomunados, estos deben constituir un consejo de administración a través del cual, mediante, acuerdos decidan designar a uno de estos administradores (consejeros en CA) de forma puntual o permanente se le designe funciones ejecutivas. Esta designación de funciones ejecutivas al administrador ejecutivo por el CA puede ser ejecutar y celebrar contratos.

La razón de ser por la que se asigna a este administrador con funciones ejecutivas es debido a que el consejo de administración tiene un carácter no permanente. Es decir, no puede estar convocándose y reuniéndose constantemente el CA para ejercer funciones que le son propias a este administrador ejecutivo como persona natural con capacidad de obrar. Por ello, el CA se limitará a poder autorizar, encargar o aprobar la celebración por el administrador ejecutivo de dichos contratos. Contrariamente, si prevaleciese un carácter permanente y no se designasen funciones ejecutivas a administradores ejecutivos por el CA, habría una infracción del artículo 210.2 LSC.

El autor puntualiza que la retribución por la que “típicamente”, según el TS, se remunera a los administradores ejecutivos en forma de beneficios o acciones no tiene porque ser remunerados de esta forma normalmente. El termino “típico”, según este autor, no tiene que porque referirse a un mandato normativo de prohibición de remunerar a los administradores “en su condición de tales” en forma de acciones o con cargo a beneficios como aboga la sentencia. Además, estos conceptos retributivos solamente se aplicarán a los administradores ejecutivos en caso de que la sociedad mercantil este gobernada por un administrador único o varios solidarios.

Por último, ALFARO hace un inciso en el artículo 249.bis LSC, en lo que respecta a las competencias indelegables. Entre todas las competencias indelegables no existe alguna que poder celebrar y ejecutar contratos de negocios jurídicos. La gran parte de esas competencias son ejercitables a través de la adopción de acuerdos del CA.

Otro autor crítico de la sentencia del TS de 2018 es CANDIDO PAZ ARES³⁷, en su famosa obra *“Preserverare diabolicum”*, quien cree que la postura de la STS 26 de febrero de 2018 resulta claramente injustificada. Este autor critica fuertemente la defensa del TS de la

³⁷ PAZ-ARES, C. (2018): *“Perseverare diabolicum. A propósito de la ST 26-11-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos”*.

doctrina del vínculo que fue abandonada por la reforma de la LSC del año 2014, y estima que la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial supremo es demasiado artificial y que se desentiende en gran medida del texto normativo legal sin llevar a cabo un análisis exhaustivo. Un punto crítico en su obra es en lo que respecta, como el autor dice, “*el famoso predicado en su condición de tales*”³⁸. Por un lado, a su modo de ver, existe una relación de especialidad entre los artículos 249 y 217 LSC, de los cuales, en caso de que hubiese un conflicto normativo entre ambos preceptos debe de aplicarse el principio de ley especial deroga ley general (*lex specialis derogata lex generali*).

En contra de lo que determina la sentencia, la ley ofrece dos indicaciones expresadas de la relación de especialidad en las que se revela la voluntad del legislador. Un primer aspecto mostrado por el legislador es a través la previsión contenida en la norma especial de que las retribuciones estimadas en el contrato con el consejero ejecutivo tendrán que ser “conformes con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general” (art. 249.4 II LSC). La segunda indicación, como la más importante, consistiría en el uso de la normal general de “un predicado” desde un punto de vista técnico y que estilísticamente no es apropiado, pero que puede ser válido para un lector sin un conocimiento jurídico profundo. Este predicado, el autor se refiere a la expresión “en su condición de tales” de la cual explica su significado excluyendo de dicha condición a los consejeros ejecutivos a quienes se les aplica la regla especial del artículo 2409 LSC.

Una última postura crítica es presentada JUSTE MENCÍA Y CAMPINS VARGAS³⁹, quienes consideran que algunos aspectos de la STS 26 de febrero de 2018 no son tenidos en cuenta y merecen una mayor atención. Un punto crítico general, a consecuencia de la sentencia, sería que una gran mayor parte de las sociedades de capital se vean sometidas a modificar su régimen estatutario y contractual de los consejeros. Además, presentan ciertas inquietudes en lo que respecta la limitación sometida a la autonomía de la voluntad de los consejeros a raíz de la interpretación del régimen remuneratorio como hizo el órgano judicial supremo.

³⁸ PAZ-ARES, C. (2018): “*Perseverare diabolicum. A propósito de la ST 26-11-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos*”. Págs. 11-14.

³⁹ JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGA, A. (2018): “*Interpretación del régimen legal de retribución de administradores a propósito de la STS de 26 de febrero de 2018*”

9.4 Doctrina conciliadora

Algunos autores abogan por una posición más intermedia y no tan distante a lo expuesto en la STS de 26 de febrero de 2018 y para ello proponen soluciones con una índole más conciliadora.

Un autor que se posiciona en esta postura intermedia es el académico QUIJANO GONZALEZ⁴⁰ quien cree necesario el alcance de la reserva estatutaria sobre la retribución de todos los administradores, en las sociedades de capital no cotizadas, ostenten o no funciones ejecutivas.

La mención del carácter retributivo en los estatutos, así como el sistema de retribución respectivo, muestra ello un signo de clara transparencia y publicidad ante los socios y terceros interesados. Así mismo, esta misma apreciación se hace en cuanto a la atribución a la junta general de la competencia de aprobación del máximo anual total incluyéndose dentro de este tope el importe que se abone a los administradores ejecutivos. Sin embargo, como postura flexible, podría admitirse la posterior ratificación de la aprobación de retribuciones que por diferentes causas justificadas no pudieron ser previstas en los estatutos en su cuantía en el momento de la aprobación del máximo anual.

Además, es comprensible que el ejercicio del cargo de administrador sea gratuito para el resto de los administradores cuando sí que esté previsto estatutariamente la retribución para los administradores ejecutivos. Sin embargo, lo que no sería posible es la gratuidad del cargo y que se pactase la retribución de los administradores ejecutivos a través de un contrato y sin que esté previsto en los estatutos. Asimismo, sería interesante determinar los conceptos remunerativos diferentes para unos y otros administradores siempre que quede reflejado en la previsión estatutaria y que incluso pueda establecerlo la junta cuando apruebe el importe máximo anual fijando a su vez un máximo para cada concepto retributivo.

Determinado el modelo general es correcto afirmar que la determinación estatutaria pueda aplicarse gradualmente mediante la cual, en el supuesto de los administradores con funciones ejecutivas, pueda establecerse un mínimo grado de previsión estatutaria pero

⁴⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J, (2019): “Un paso más en el tortuoso camino de la retribución de consejeros: a propósito de la RDGRN de 31 de octubre de 2018”. Revista de Derecho Bancario y bursátil n° 154. Abril-Junio.

suficiente para poder dar por válido el cumplimiento del principio de reserva, añadiéndose así mismo, el correspondiente contrato donde podrían preverse detalladamente los conceptos retributivos con mayor precisión. En esta misma línea la retribución de los consejeros ordinarios o no ejecutivos debe de determinarse mínimamente utilizando por ejemplo la expresión “*consistirá en*”⁴¹, de esta forma la retribución de los consejeros ejecutivos podrá aceptar un mayor grado de flexibilidad indicando de manera clara que la determinación de esta retribución se preverá en el contrato teniendo en cuenta los posibles criterios de determinación indicados en los estatutos sociales.

Este argumento de flexibilidad, elaborado por QUIJANO, puede ponerse en la práctica, y por ello, el autor nos ilustra algunos ejemplos. Un primer supuesto podría ser en caso de establecerse retribuciones variables, las cuales quedan sometidas a indicadores o parámetros generales de referencia. Simplemente sería necesario determinar estas remuneraciones en los estatutos como un concepto retributivo y determinar su cuantía conforme a la evolución de los resultados que consiga la sociedad utilizándose esos indicadores o parámetros que estarían previstos en el contrato. Otros ejemplos podrían ocurrir en caso de establecerse indemnizaciones por cese o en los sistemas de ahorro o previsión, aplicando esta misma fórmula de distribución de la determinación de la remuneración entre el contrato y los estatutos sociales.

Del mismo modo, este criterio de la mínima determinación en los estatutos sociales y la necesidad de remitir al contrato como elemento complementario, y a su vez necesario, podría aplicarse para crear cláusulas que determinen escoger alternativamente una forma más o menos amplia, o con un mayor o menor grado de elección. De esta manera, los estatutos sociales pueden determinar el carácter retributivo y el contrato ofrecerá las opciones de retribución que procedan a aplicarse, precisando además las condiciones específicas en las que vayan a aplicarse esos conceptos retributivos. La principal ventaja de esta fórmula sería la flexibilidad que aporta para establecer el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos a la situación financiera o patrimonial de la sociedad mercantil evitando recurrir a un procedimiento de reforma de los estatutos sociales.

Esta flexibilidad que nos ofrece QUIJANO debe de implementarse en todo el conjunto del modelo del sistema retributivo. Al igual que en la STS de 26 de febrero de 2018,

⁴¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J, (2019).

apela al esquema de los diferentes niveles de determinación retributiva que esta sentencia acogió, pero introduce ciertos matices. En primer lugar, los estatutos determinan el carácter remuneratorio y el sistema de retribución, especificándose a su vez los conceptos retributivos. En segundo lugar, la junta general acuerda el importe anual máximo del conjunto total de los administradores. Y, por último, los administradores o el consejo de administración acuerdan la distribución atendiendo al nivel de responsabilidad y el grado de importancia de las funciones. La peculiaridad que nos muestra el autor es que la toma de decisión que se realice en cada nivel (estatutos, junta general, administradores) la puede hacer también el nivel superior respecto al otro. Por ejemplo, la junta general puede determinar el reparto individual de la retribución, o que establezca los criterios de determinación.

Finalmente concluye que es posible una buena posición conciliadora que combine el rigor de la reserva estatutaria con la flexibilidad que puede aportar el contrato. La legislación actual permite que pueda aplicarse esta fórmula mediante una amplitud interpretativa, pero siempre será necesario expresar normativamente ciertas lagunas legales.

Otra autora representante de esta postura conciliadora es IRÁCULIS ARREGUI⁴². La opinión que demuestra esta autora sobre la legislación impuesta por la reforma de 2014 conduce a una interpretación flexible y así cree que respalda dicha flexibilidad en la determinación de la remuneración de los consejeros ejecutivos la STS 26 de febrero de 2018.

Frente a las dos teorías doctrinales confrontadas relativas al ámbito y alcance del principio de previsión estatutaria de la remuneración de los consejeros es posible determinar una teoría intermedia. Esta teoría aboga, por un lado, la consideración de la retribución de los consejeros ejecutivos como retribución de administradores en su ámbito general y, por otro lado, apela a la apariencia de un régimen flexible con la intención de sostener una especialidad para los consejeros ejecutivos. Esta teoría parte de la interpretación del régimen legal de la reforma de 2014 desde la perspectiva de integración total de las remuneraciones (consejeros ejecutivos y no ejecutivos) del artículo 217, así como, desde la libertad de reconocer la especialidad de la remuneración del consejero ejecutivo sin tener que someterlo absolutamente al régimen general. Se trata de una vía que califica la autora como “a medias”

⁴² IRÁCULIS ARREGUI, N. (2019): “La remuneración del consejo ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital”. Revista de Derecho Mercantil nº 311. Enero-Marzo.

y despierta cierta complejidad debido a la interpretación flexible del alcance de la exigencia de la previsión estatutaria.

Esta postura “a medias” destaca que la determinación estatutaria no se establece en todo el contenido de la remuneración de los consejeros ejecutivos. Este argumento es debido a que el artículo 217.2 en el que se plasma la expresión “administrador en condición de tales” entiende que este precepto debe de aplicarse sobre los consejeros ordinarios y no sobre los consejeros ejecutivos. Sin embargo, el apartado 1 del artículo 217 establece el carácter general al cargo de administrador por lo que cabe entender que si es aplicable la cobertura estatutaria es aplicable en la remuneración del consejero ejecutivo. La autora cree que la lectura conjunta de los apartados uno y dos del artículo 217 desencamina en una lectura flexible del alcance de la exigencia de la previsión estatutaria para la remuneración del consejero ejecutivo, por lo que entiende que los conceptos que perciben los consejeros ejecutivos (salarios, dietas, primas, etc.) no debe constar en los estatutos, pero el carácter retribuido si que debe de constar en los estatutos. Por lo tanto, la expresión “en su condición de tales” opera como un límite que exonera la previsión estatutaria de los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos. Esta limitación no está potenciada o perfeccionada en la redacción que presenta la ley para así poder apreciar el régimen dual de retribuciones, es decir, no se consolida legalmente de forma clara la distinción de las dos categorías de consejeros (ordinarios y ejecutivos) ni los dos tipos de remuneraciones, aunque si que si especifica la remuneración adicional correspondiente al consejero ejecutivo que sería el relativo al contrato previsto en el artículo 249 LSC en sus apartados 3 y 4.

Al igual que QUIJANO GONZÁLEZ, esta autora nos proporciona diversos ejemplos de cláusulas estatutarias acordes al régimen intermedio propuesto.

Una primera hipotética cláusula que enuncia sería *“El cargo de administrador es retribuido. Los consejeros de la sociedad tienen derecho a percibir como retribución por la asistencia a los consejos, las dietas que determine el consejo de administración”*⁴³. En esta afirmación, se expresa la obligación de remunerar a los administradores asistentes y deben de respetarse los conceptos retributivos determinados en los estatutos, pero abre la puerta a establecer una remuneración diversa entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos aplicando conceptos retributivos extraestatutarios en caso de haber un hecho que lo motive como es el ejercicio de funciones

⁴³ IRÁCULIS ARREGUI, N. (2019).

ejecutivas. Esa remuneración diferente se prevé en aplicación del artículo 249.3 y 4 relativo al contrato.

Un segundo supuesto sería cuando los estatutos determinan la gratuidad del cargo de administrador excepto cuando se trate de un consejero delegado o ejecutivo que será retribuido sin especificar los conceptos que perciba. Por un lado, se acata la premisa de la previsión estatutaria mínima quedando claramente determinado en los estatutos en caso existe remuneración y en cuál no. De esta forma, los conceptos retributivos que se perciben están recogidos en el contrato de delegación de funciones ejecutivas. Como cláusula contraria a esta hipótesis afirma lo siguiente: *‘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 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’*⁴⁴. Sobre esta cláusula se aprecia claramente la vulneración de la exigencia de reserva estatutaria mínima porque no especifica en los estatutos la posibilidad de remunerar a los consejeros ejecutivos.

Una última hipótesis propuesta sería la determinación del cargo de administrador como gratuito sin distinguir supuestos. Esta fórmula de gratuidad es extensible a todos los miembros del órgano de administración incluyendo a los consejeros ejecutivos en el seno del consejo de administración. Por lo tanto, no se especifica la remuneración de los consejeros ejecutivos cuando en los estatutos sociales se determina la gratuidad del cargo, desmarcándose así de cualquier determinación arbitraria. De esta manera, en caso de celebrarse un contrato de administración, sería nulo ya que habría una remuneración cuya no previsión no está determinada estatutariamente.

⁴⁴ IRÁCULIS ARREGUI, N. (2019).

10. CONCLUSIONES

I. Desde una perspectiva legal y económica he comprobado, a lo largo del estudio y diversas lecturas para la elaboración de este proyecto, que el campo en el que se desarrolla la temática de las remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital, especialmente en las sociedades anónimas, es de suma importancia para la marcha de la actividad producida por la empresa. Económicamente, he observado que el volumen de facturación, de ingresos y beneficios que puede generar una sociedad mercantil como es la sociedad anónima, tanto si cotiza o no, son de una gran dimensión y para ello implica la necesidad de establecer exquisitamente una organización administrativa y de gestión perfecta que sea sumamente eficiente para gestionar los respectivos ingresos y que vele por los intereses implicados en toda la actividad empresarial. Esta organización administrativa, a través del consejo de administración, en función de las competencias que ostente y que posteriormente delegue a otros son clave en el momento de determinar las remuneraciones que perciban o no los sujetos que forman el órgano administrativo empresarial.

II. Destacadamente incido que las asignaciones o destinos que merecen los beneficios generados al final del ejercicio económico de la empresa deben ser enormemente cuidados ya que podría determinar el estado financiero de la entidad mercantil, así como los dividendos que perciba los legítimos socios y las potenciales retribuciones de los administradores sociales. Desde una perspectiva jurídica, y la que mas concierne a esta exposición, concluyo que es vital que se aplique y se interprete correctamente la normativa legal vigente de nuestro ordenamiento jurídico referida a la determinación de las remuneraciones de los administradores sociales de forma que no genere una situación de vulnerabilidad a los socios, sobre todo los socios minoritarios, y a la entidad que empresarial en su conjunto.

III. En lo que respecta a los intereses contrapuestos planteados por la determinación de las retribuciones, es vital que exista un equilibrio que no perjudique a todas las partes implicadas. Sin embargo, primordialmente creo que debe velarse por el interés de la sociedad mercantil en su conjunto ya que es la base en la que se sustentan las remuneraciones y para que estas puedan asignarse a los administradores es apropiado que la marcha económica de la empresa sea buena y no se vea sometida al yugo de las

fuertes posiciones que ostenten algunos administradores. Además, en esta misma línea, es destacable que los socios inversores de la entidad mercantil merezcan dicha protección porque su margen de actuación en el órgano de administración es limitada, a pesar de la existencia de consejeros dominicales que representen sus intereses.

IV. A través de la perspectiva histórica y evolutiva de la regulación de las retribuciones desde las antiguas leyes de la LSA de y de la LSRL, que preveían el principio de reserva estatutaria, y posteriormente con la refundición de estas dos en el año 2010 en el TRLSC y sus respectivas reformas de los años 2014 y 2021, he podido apreciar que en cada paso dado se ha ido concretando el régimen retributivo en mayor o menor medida y es claro que los avances normativos son importantes. Sin embargo, cada modificación normativa promulgada, en sus redacciones, han derivado a ambigüedades que ponen en jaque la seguridad jurídica en esta materia.

V. Visto como se determina la remuneración de unos y otros tipos de administradores, podemos apreciar claramente que la protección de los socios ha sido reforzada por esta reforma del año 2014 y matizada con la reforma de este año 2021. Gracias a ella, los socios de una forma directa o indirecta podrán conocer los sistemas y conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos. Además, podrán pronunciarse sobre la cuantía si ésta cumple con las previsiones aprobadas por la junta general. Finalmente, todas estas previsiones legales se pueden aplicar para crear un correcto sistema retributivo de administradores en una sociedad mercantil y se cumple la exigencia de transparencia requerida en un buen gobierno corporativo.

VI. El sistema propuesto por la reforma del año 2014 no resultó ser lo suficientemente conciso y claro en la práctica, por lo que fue objeto de múltiples interpretaciones contrarias entre sí, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Dicho conflicto doctrinal no debe continuar porque no es lógico que en la mayoría de las sociedades mercantiles no se determine claramente cuáles son las cláusulas que deberán o no introducirse en lo estatutos que prevean los potenciales riesgos económicos, y también jurídicos, o que clase de acuerdo con los propios administradores parece ser más idóneo respecto al tratamiento de sus retribuciones.

VII. La línea jurisprudencial que la STS de 26 de febrero de 2018 pretende iniciar, supone un punto de inflexión en el régimen de las remuneraciones aplicable a los

administradores de las sociedades no cotizadas, aunque podemos determinar que también es extensible la interpretación sustentada a las sociedades cotizadas. Sin embargo, la redacción extrema que presenta la cláusula estatutaria discutida desemboca en una fuerte posición extrema de la sentencia. Por ello, es posible pensar que una redacción de la cláusula más acorde a la normativa hubiera determinado un fallo en la sentencia menos tajante. En definitiva, habría que destacar el carácter flexible que muestra la sentencia en su parte final.

VIII. En lo que concierne a las posturas resueltas por la DGRN de los meses de octubre y noviembre de 2018, determino que su intención fue proveer un margen temporal para permitir la inscripción de cláusulas estatutarias en las que se indicase el régimen de retribuciones de los administradores hasta que hubiese una tendencia jurisprudencial más sólida o una previsión normativa más clarificadora. Es decir, comprendo que la DGRN actúa conforme a no vulnerar lo dictaminado por el TS, pero tampoco sigue su línea de interpretación plenamente.

IX. Las discusiones surgidas a raíz de la STS podemos concluir dos posiciones doctrinales claras en función de la aplicación del principio de reserva estatutaria. Por un lado, la tesis acumulativa o unitaria, que aboga el TS, por la que se aplica el artículo 217 LSC a todo tipo de administradores. Por otro lado, la tesis dualista que diferencia los administradores con funciones ejecutivas de aquellos con funciones deliberativas, aplicando a cada uno de ellos un régimen remuneratorio diferente. Cabe añadir, una postura intermedia tercera que tiende a flexibilizar los requisitos de la imposición plena de la reserva estatutaria en el caso de la remuneración de los administradores ejecutivos sin escapar en ningún momento de la previsión estatutaria.

X. Desde una perspectiva externa al pronunciamiento propio de la STS, cabe deducir que el TS pudo pronunciarse para aclarar la finalidad de la reforma de 2014 debido a que la mayoría de la doctrina no la debió de comprender exactamente. Sin embargo, puede entenderse también que el TS abordó la cuestión con la intención de actuar como legislador para determinar el régimen remuneratorio correcto.

XI. En cuanto al argumento de tipicidad de los sistemas remuneratorios para los consejeros ejecutivos del artículo 217.2 LSC defendido por el TS y criticado por la doctrina, considero que es más bien una posición más propia de la doctrina flexible ya que dichos sistemas retributivos pueden ser aplicables tanto a los consejeros con o sin

funciones ejecutivas. Pero dada la realidad práctica de la situación, determino que la legislación debería hacer una mención expresa o intencionada de indicar que esos sistemas retributivos son oportunamente aplicables a los consejeros ejecutivos.

XII. En conexión con la anterior conclusión, los artículos 218 y 219 LSC que desarrollan el apartado dos del artículo 217 LSC, considero, al igual que el TS, que la extensión de la reserva estatutaria de ambos preceptos a los consejeros ejecutivos debe de hacerse por lo previsto en el artículo 217 LSC, dado que en su enunciado “remuneración de los administradores”, no hace distinción alguna entre ellos, sino que generaliza todo el precepto.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Bibliografía:

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. (2019): *Principios de Derecho Mercantil*. Aranzadi, Navarra.

ARROYO APARICIO, A.; ÁVILA DE LA TORRE, A.; CURTO POLO, M.; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.; GARCÍA CRUCÉS, J.A.; GARCÍA GÓMEZ, A.J; GARCÍA VICENTE, J.R.; MARCO ARCALÁ, L.A.; MATEO AYALA, E.J; MAYO CALDERÓN, B.; MORALEJO MENÉNDEZ, I.; MORENO ZAPIRÁN, A.; MUÑOZ DELGADO, C.; y VICÉN QUILIS, P. (2018): “*Retribución y Prestación de Servicios de los Administradores de las Sociedades.*” Coordinación de José Antonio García-Cruces. Tirant Lo Blanch. Valencia.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “*La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital*”. Revista Derecho Social y Empresa, ISSN 2341-135X, N°5, julio 2016.

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

QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2019): “Un paso más en el tortuoso camino de la retribución de consejeros: a propósito de la RDGRN de 31 de octubre de 2018”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, ISSN 0211/6138, N° 154, abril-junio 2019.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio. “*La retribución de los administradores y directivos de las sociedades cotizadas*”. Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, N°46, 2018.

PAZ-ARES, C. (2018): “*Perseverare diabolicum. A propósito de la ST 26-11-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos*”. Indret. Barcelona.

JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGA, A. (2018): “*Interpretación del régimen legal de retribución de administradores a propósito de la STS de 26 de febrero de 2018*”. Revista de Derecho de Sociedades. ISSN 1134-7686. N° 53. Mayo-Agosto 2018. Aranzadi, Navarra.

SANTIAGO HIERRO ANIBARRO (Dir.) *“Retribución de Consejeros”*. Marcial Pons. 2020. Madrid.

2. Webgrafía:

Garrigues: El derecho al dividendo. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-derecho-al-dividendo (consulta: 06/03/2021)

Casajuna Abogados: Derecho de los socios a participar de las ganancias sociales y sus limitaciones. Disponible en <https://jlcasajunaabogados.com/derecho-de-los-socios-a-participar-de-las-ganancias-sociales-y-sus-limitaciones/> (consulta: 11/03/2021)

Hay Derecho. Expansión: El nuevo 38 bis LSC: reforma del derecho de separación por falta de dividendos. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/16/nuevo-348-bis-lsc-reforma-derecho-separacion-falta-dividendos/> (consulta: 28/03/2021)

El Confidencial: El dividendo mínimo en las sociedades de capital y la protección al socio minoritario. Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2019-01-10/dividendo-minimo-sociedades-capital-proteccion-minoritario_1749130/ (consulta: 28/03/2021)

Bufete Barrilero y Asociados: El derecho al dividendo mínimo. ¿Nueva era para los minoritarios? Disponible en: <https://www.barrilero.com/derecho-al-dividendo-minimo-nueva-los-minoritarios/> (consulta: 28/03/2021)

Deloitte: ¿Qué es el gobierno corporativo? Transparencia y confianza. Disponible en <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html> (consulta: 3/04/2021)

Almacén de Derecho (2018): “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales> (consulta: 05/05/2021)

Almacén de Derecho (2021): ¿Qué ocurre con las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores inscritas en el Registro Mercantil antes de la Sentencia del Supremo de 26-II-2018?” Disponible en <https://almacenederecho.org/que-ocurre-con-las-clausulas-estatutarias-relativas-a-la-retribucion-de-los-administradores-inscritas-en-el-registro-mercantil-antes-de-la-sentencia-del-supremo-de-26-ii-2018> (consulta 15/05/2021)

3. Selección de jurisprudencia:

Tribunal Supremo

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

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia núm. 180/2015 de 9 de abril.

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

Dirección General de los Registros y del Notariado

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 17 de junio de 2014.

España. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 9 de abril de 2015.

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

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

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

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

4. Legislación:

Nacional

España. Real Decreto 1382/2015, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. Boletín Oficial del Estado, 12 de agosto de 1985.

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

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

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

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

España. Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, para adaptarlas a la Directiva (UE) 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. Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

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

Europea

Directiva Europea 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.

5. Otros documentos consultados:

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