

1 -. DELIMITACIÓN DEL DEBATE RELATIVO A LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LOS SUPUESTOS DE DELEGACIÓN O CON FUNCIONES EJECUTIVAS

1.1 Planteamiento de la cuestión

Mediante el presente estudio monográfico, se abordarán cuestiones fundamentales acerca de la sentencia del Tribunal Supremo 26-II-2018 sobre la retribución de los consejeros ejecutivos.

En primer lugar contextualizaremos el trasfondo histórico de esta sentencia, lo enmarcaremos en su normativa actual y todo ello invitará al análisis de la irrupción de la misma en el panorama reformado, siempre basándonos en, las diferentes lecturas hechas sobre esta temática, las fuentes consultadas, la Jurisprudencia existente en esta materia y todo trabajo, artículo de opinión de expertos, que hemos considerado de interés para la elaboración del presente trabajo.

1.2 Presentación del Tema y Cuestiones Preliminares

El 26 de febrero del año 2018, la sala del Tribunal Supremo dictaba sentencia sobre la retribución de los consejeros ejecutivos, acerca de un tema que parecía definitivamente zanjado para el legislador y que, sin embargo, ha creado un notable desconcierto.

La idea principal de esta sentencia es que la retribución de los consejeros ejecutivos queda sujeta al régimen general de la retribución de administradores y, específicamente a la regla de la reserva estatutaria (art. 217.1 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio) en adelante LSC (Ley de Sociedad de Capitales).

Cuando parecía una cuestión más que zanjada, la sentencia nos devuelve al punto de salida. Autores como Cándido PAZ- ARES, catedrático de Derecho Mercantil, en la Universidad Autónoma de Madrid, considera que es una sentencia desde un punto de vista subjetivo “bienintencionada”, pero lo cierto es que objetivamente, resulta absolutamente injustificada.

La cuestión de la retribución de los consejeros ejecutivos ha sido, en efecto, una de las que más vaivenes interpretativos ha sufrido en la historia contemporánea de nuestro derecho de sociedades. Durante muchos años, prácticamente todos en los que estuvo vigente la Ley de Sociedades Anónima de 1951 (La Ley 10/1951), reinó la tesis de la compatibilidad. Esta consistía en la posibilidad de satisfacer al consejero ejecutivo una retribución adicional a la que correspondiera estatutariamente como administrador.

1.3 Antecedentes y la reforma del año 2014

En un primer momento la regulación de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada estaba recogida en leyes especiales distintas (LSA y LSRL). No fue hasta el año 2010 cuando ambas leyes se unificaron para todas las sociedades en la (LSC). Finalmente, en 2014 hubo una reforma orientada a

mejorar el gobierno de las sociedades de capital. A continuación analizaremos simultáneamente distintos momentos histórico- legislativos.

La retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas regularizados en el art.249 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) provocó cierta incertidumbre desde la modificación el 3 de diciembre de 2014 por la Ley 31/2014 que tuvo en cuenta el estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013 redactado por una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo¹. El objetivo principal de esta comisión fue proponer las iniciativas y reformas normativas que se consideran adecuadas para garantizar el buen gobierno empresarial, mejorando la eficacia de las sociedades españolas. El 14 de octubre de 2013 vio la luz el “Estudio sobre las propuestas de modificaciones normativas” confeccionadas por esta Comisión de Expertos. Estas propuestas recomendadas por la Comisión de expertos fueron respetadas por el legislador dando lugar a la ley 31/14.

El punto de partida anterior a la modificación de la Ley 31/2014, venía constituido por los artículos 217 a 219 LSC, que derivaban a su vez de las refundidas LSA (art. 130 LSA) y LSRL (art.66 LSRL), recogándose en la LSC un régimen general de retribución de los administradores para todos ellos, sin distinción de su condición de consejeros delegados o con funciones ejecutivas.

Cabe poner de relieve que la redacción del art.217 LSC en el año 2010 en cuanto a la mención del carácter gratuito del cargo se correspondía con el título

¹ Creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden CEE/895/2013, de 21 de mayo.

del art. 66 de la LSRL y la fijación en estatutos² con el contenido del 130 LSA³. Se observará que, con anterioridad a la reforma, la regulación de la remuneración de los administradores en la LSC era por tanto parcial en cuanto a su contenido⁴.

Resulta de interés traer aquí, que en el régimen de la LSC en el año 2010, antes de la reforma del año 2014, trasladaba de forma similar lo de la gratuidad del cargo de administrador. Cabe poner de relieve que en el año 2010 sólo para las sociedades de responsabilidad limitada, se disponía la determinación

² POLO SÁNCHEZ, E., *Los Administradores y el Consejo de Administración de la sociedad Anónima*, Civitas, 1992, Comentario al Régimen General de las Sociedades Mercantiles, Tomo VI, PP.190 Y SS.

³ Artículos previos a la refundición en el año 2010: “ 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 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.

Artículo 130 LSA. Retribución.

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

La retribución consistente en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones, deberá preverse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta General de accionistas. Dicho acuerdo expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución”.

⁴ Versión Original del año 2010: “Artículo 217. Remuneración de los administradores. 1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinado el sistema de retribución. 2 en la sociedad de responsabilidad limitada, 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 los previstos en los estatutos. Redactado el apartado 2 conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm.210, de 30 de agosto de 2010.

de que, “cuando la retribución no tuviera como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores debía ser fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general”. Hacer ahora este último recordatorio de los antecedentes de la norma no parece menor a la vista del debate actual. No debe olvidarse que la refundición del año 2010 dio lugar a un nuevo planteamiento legislativo del régimen de sociedades, que desde esa fecha ha sufrido ya numerosas modificaciones. Pudiera incluso considerarse que la regulación escalonada actual favorece en cierto modo que existan ángulos muertos en el régimen jurídico, que no siempre pueden salvarse con interpretación jurisprudencia y de la práctica registral.

Cabe constatar, por otra parte, que la remuneración de los administradores siempre resultó problemática respecto a los siguientes aspectos:

- (i) El *quantum* de la retribución, a veces elevado, y su transparencia;
- (ii) La naturaleza del contrato en el caso en que éste se celebrara entre la sociedad y el administrador delegado o con dichas funciones (la conexión con la llamada “doctrina del vínculo” y los aspectos tanto laborales como fiscales)
- (iii) La compatibilidad de esta retribución con la previsión estatutaria, entre otros.

El artículo 217 antes de la reforma de 2014 suponía en efecto que en los estatutos se debían identificar el sistema o sistemas de retribución y cuando la retribución no fuese una participación en beneficios, la junta debía intervenir para fijar el importe para cada ejercicio. Se consideraba que ese artículo 217 se aplicaba a todos los administradores con independencia de sus funciones

concretas, incluidos también los consejeros ejecutivos de las sociedades no cotizadas y cotizadas también. El resultado de estas exigencias llevó a considerar que los estatutos debían incluir también el sistema de retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas con consecuencias en el caso de incumplimiento en el orden fiscal y laboral. Se propugnaba por parte de la doctrina que la retribución del consejero delegado debía ser competencia del consejo de administración, así como que quedase al margen de la determinación estatutaria del antiguo artículo 217 LSC⁵.

De ahí, en parte, que el objetivo principal de la reforma fuese el de garantizar capacidad de control de los accionistas sobre los sistemas de remuneraciones de los administradores, a la vez que se lograra cierta transparencia, siempre dentro del respeto a la capacidad de gestión de las sociedades. Se entendía que el nuevo régimen del año 2014 concretaba y mejoraba las normas preexistentes, concediendo competencias adicionales a la junta general en ese ámbito. Y, sobre todo, creaba ya un régimen específico, con ciertos detalles, respecto a la remuneración de las sociedades no cotizadas y se regulaba de forma concreta el régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas.

Pero si desde el inicio de la promulgación de la reforma se pudieron constatar algunas certezas, quedaron a la vez abiertos nuevos interrogantes. Una de las certezas que puede deducirse del preámbulo de la Ley 31/2014, que introdujo la reforma, es que en él se sostiene que con ella la Ley obliga a que “los

⁵ De PAZ-ARES, C. tres trabajos en la revista *InDret*, en el primero de ellos ya proponía esta solución que encajaría después con la opción legislativa del año 2014: “ El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 2008; “ *Ad impossibilia nemo tenetur*”.

estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas”⁶. Ahora bien, lo que queda claro, de este extracto es que la Ley separa, desde su sistemática, de manera que a partir de la reforma se introducen reglas referidas a la retribución de administradores, ubicadas en distintos lugares de la LSC. El alcance de esa distinta sistemática es lo que se ha discutido desde el inicio de la promulgación del nuevo régimen, habiendo existido desde el inicio de la promulgación del nuevo régimen, habiendo existido además distintas interpretaciones por parte de las resoluciones de la DGRN y sentencias de los tribunales hasta llegar a la del TS de febrero de 2018 que sin duda marca un hito en la discusión⁷.



1.4 Estudio de los artículos 217 y 249 de la LSC

En la normas generales del art. 217.1 LSC dispone de la gratuidad del cargo de administrador⁸ “a menos que los estatutos establezcan lo contrario”, y establece la constancia estatutaria del sistema de remuneración que debe ser determinado. En el primer apartado se regula la presunción de gratuidad del cargo de administrador. Se articula con carácter iuris tantum, por lo que se

⁶ De solución “especial” hablan: SÁNCHEZ- CALERO, J., “La retribución de los consejeros ejecutivos”, *Estudios sobre órganos de las Sociedades de Capital, Liber amicorum* Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, Aranzadi, 2017, pp. 353 y ss.

⁷ PAZ-ARES, C., “Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018)

⁸ Antes incluso del texto refundido del año 2010, se refiere a esta consideración: SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2005, pg. 248.

podrá contradecir dicha presunción, estableciendo en los estatutos sociales el carácter oneroso del cargo y fijando el sistema de remuneración a percibir. Por tanto, para que sea lícita la cláusula estatutaria que establezca el carácter oneroso del cargo tendrá que especificar también el sistema retributivo.

Cabe plantearse que aplicación práctica se obtiene de la presunción de gratuidad del primer apartado del artículo 217 de la LSC. Una primera aproximación, que a grosso modo, concluyera que ninguna no sería completamente desacertada ya que la realidad evidencia que en la mayor parte de los casos los administradores tanto aquellos que actúan con meras funciones deliberativas como aquellos con funciones ejecutivas sí reciben retribución por sus servicios prestados, sin perjuicio de que estas sean distintas cualitativa y cuantitativamente. Entonces, ¿por qué incluir tal presunción de derecho imperativo? La respuesta es simple, es mucho menos gravoso presuponer la gratuidad del cargo que presuponer lo contrario. Si los estatutos sociales no abordan la retribución de los administradores, esta es nula. Y, por el contrario, de prever su retribución es requisito indispensable la determinación del método retributivo, no solo por imperativo legal del artículo de estudio, sino también como requisito regulado en el artículo 23 e) de la LSC. De este modo, es un acto de pura comodidad, y en gran medida de tradición, pues la regulación de las SL ya lo preveía.

El art. 217.2 LSC se destina a la necesidad de concretar el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores “en su condición de

tales”, expresión sobre la que se pronunciaron desde el inicio un número elevado de autores al tratar de este tema⁹.

Se incluyen también en ese artículo 217 alguno de los posibles sistemas retributivos que habrían de ser determinados en los estatutos, como sería el caso:

- (I) Una asignación física,.
 - (II) Dietas de asistencia
 - (III) Participación de beneficios,
 - (IV) Retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia.
 - (V) Remuneración en acciones o vinculada a su evolución.
 - (VI) Indemnizaciones por cese siempre que éste no venga motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador.
 - (VII) Los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.
- Sorprende la falta de previsión de la remuneración en especie, muy habitual en los consejeros. Si bien, hay que recordar, que es una lista abierta, no son *numerus clausus*.

Una primera lectura de este régimen general lleva a considerar además que, frente al régimen anterior en el que no se contenía una previsión respecto de la sociedad anónima en cuanto al órgano competente, se exige ahora que “la

⁹ Entre ellos: JUSTE MENCÍA, J. Y CAMPINS VARGAS, A., “Retribución de los consejeros ejecutivos”, *RDS*, nº 45, 2015, pp.491 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de la junta del art. 217 LSC (Lo que no dice la resolución DGRN de 30 de julio de 2015)”, *La ley, de 28 de octubre de 2015 (Del mismo autor, “ El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma. Pág 202 y ss”*.

junta general apruebe el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores, importe máximo que permanecerá vigente hasta que no sea modificado por la junta” (art.217.3 LSC). Esa remuneración que ha de aprobar la junta es la que se atribuye a los administradores “en su condición de tales”.

Al principio general que se aplicará a las normas referidas a la remuneración de los administradores se dedica el apartado 4º del artículo 217 LSC al disponer que la remuneración de los administradores deberá en todo caso “guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables. Criterios indeterminados¹⁰ que habrán de valorarse y concretarse en cada caso.

En el supuesto en que los consejeros desarrollen funciones ejecutivas, según los apartados 3º y 4º del artículo 249 LSC, será preciso que los “conceptos por los que se pueda obtener una retribución” se recojan en un contrato que se celebre entre el consejero y la sociedad con unos requisitos específicos de aprobación. Puede observarse así que la fijación de la retribución de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas corresponde al consejo de administración en consecuencia. En la Ley se han previsto cautelas concretas

¹⁰ “Referencias programática” según el informe de expertos. Con cierta utilidad en todo caso: en este sentido, DEL RÍO GALEOTE, A., “Régimen general de remuneración de administradores”. *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Francisco Javier Arias Varona, Andrés Juan Recalde Castells, 2015, pp. 105-112-

como son la exigencia de una mayoría reforzada, la abstención de los consejeros que estén afectados, así como una previsión referida a la política de retribuciones que encaja cabalmente para el supuesto de las sociedades cotizadas.

Puesto que los conceptos retributivos que la Ley ha previsto de forma separa en el art.249 tendrán lugar cuando exista un consejo de administración y cuando se nombre un consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, estos conceptos remuneratorios serían distintos a los que correspondan a “los administradores en condición de tales”. El alcance de la distinción es el que resulta problemático. No parece dudoso que el legislador ha mantenido dos criterios, diferenciados, sin que parezca que el previo y aún vigente artículo 124.3 RRM reste valor a este criterio legal. Tampoco lo parece que el régimen del 249 LSC es sólo para consejeros delegados o con funciones ejecutivas, esto es, no debiera extenderse para casos distintos de consejo de administración, de manera que para otros modos de administración ha de estarse al artículo 217 LSC.

También parece razonable entender que la retribución de los consejeros ejecutivos haya de regirse igualmente por los principios de proporcionalidad y razonabilidad a que se refiere el artículo 217.4 LSC, bien sea porque este artículo en su literalidad es genérico, bien sea porque podría conectarse con los deberes de todo administrador. Sobre si se recuerda que con la reforma del año 2014, por una parte, el deber de diligencia se modula según la naturaleza

del cargo y las funciones desempeñadas y, aún más, el deber de lealtad¹¹ se reformula para, entre otros aspectos, evitar situaciones de conflicto de intereses. Reténgase que el artículo 249.3. LSC dispone que “el consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación “ , es decir, que se está abordando un supuesto de conflicto de intereses claro.

Ahora bien, desde el inicio de la regulación, se coincidió en señalar que algunas disfunciones del régimen adoptado provenían sin duda del hecho de que el mismo se hubiera concebido para las sociedades cotizadas. Pues, no cabe ignorar que el origen de esta dualidad de regímenes jurídicos tiene conexión con una sugerencia formulada por la Comisión de Expertos en Gobierno Corporativo. Esta sugerencia fue criticada por la Sala de lo Civil del TS durante la fase de tramitación del expediente que dio lugar al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil pues suponía una situación preocupante el que pueda haber retribuciones que queden sin control estatuario ni intervención de la junta de socios.

Es cierto por otra parte que el propio tener literal de las normas favorece y conduce al debate doctrinal, quedando dividido entre aquellos que consideraban que la remuneración de los consejeros ejecutivos no quedaba sometida al control estatuario ni a la intervención de la junta, frente a otros que sostenían distinta opinión. Puede hablarse de dos interpretaciones contrapuestas en la medida en que los primeros consideraban que la reforma, al seguir la Comisión de Expertos en Gobierno Corporativo y a la Vista del

¹¹ En relación con éste recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los deberes de conducta de los administradores”, *La reforma de la Ley de Sociedades DE Capital en materia de Gobierno corporativo*, J. García de Enterría. Aranzadi, 2015 pp. 61 y ss.

Dictamen del Consejo de Estado, supone que la sistemática implica distinto ámbito de aplicación separado. Y los segundos, en cambio, parecen considerar que con carácter general los consejeros delegados o con funciones ejecutivas también serían administradores en cuanto tales.

Parece desde luego que el legislador no deja clara la delimitación, sobre si se observa que el régimen legal estaba en origen concebido para las sociedades cotizadas. De hecho, no resulta casual que el encaje del art 2489 LSC no plantee problema en estas en cuanto para ellas la de LSC prevé a la vez mecanismos de transparencia. En efecto, en materia de cotizadas, la distinción de las remuneraciones queda delimitada desde el título 529.

En suma, se trata de delinear si, con las normas actuales en la mano, se puede interpretar o no la Ley o debería propugnarse una reforma legal para aclarar la lectura cabal de esta de forma definitiva.

1.5 La doctrina del vínculo

Antes de proseguir, hay que describir en qué consiste esta doctrina, qué argumentos se esbozaron a su favor y qué justificación tenía. Básicamente surgió como respuesta a la cuestión de si era posible que en una misma persona concurren funciones de dirección y gestión de la sociedad y, simultáneamente, funciones ejecutivas. Esto ocurría con gran frecuencia a consejeros delegados, administradores únicos, solidarios o mancomunados cuando también existe un contrato de trabajo laboral entre ellos y la sociedad para la que prestan sus servicios. Al ser puestos de tan especial y vital importancia, suelen configurarse como relaciones laborales especiales de alta

dirección, reguladas por el Real Decreto Ley 1382/1985 de 1 de agosto. Cabe explicar de manera sucinta, que no son relaciones laborales ordinarias debido a la mayor posición de igualdad existente entre las partes, la gran relación de confianza y las funciones inherentes del cargo que hacen que se excluya de la regulación del ET, de acuerdo con el artículo primero apartado tercero letra c). La alta dirección se define como “aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Esta doctrina surgía unos años después de la promulgación del RD ley antes mencionado, concretamente en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 29 de septiembre de 1988. En ella se fijaba la incompatibilidad de que en una misma persona concurriera el cargo de administrador y existiera un contrato laboral de alta dirección cuyo objeto fueran precisamente funciones de dirección y de gestión de la sociedad, pues se entendía que el cargo de administrador social “subsume esta otra relación debido a la intensidad de la relación mercantil entre sociedad y administrador”. Las principales aplicaciones prácticas eran las siguientes: los estatutos sociales eran los que regían la relación entre el administrador y la sociedad; era ineficaz ab initio cualquier contrato laboral de alta dirección cuyas partes fueran la sociedad y un administrador de esta, entendiéndose en un principio que esta relación laboral quedaba suspendida, pero el artículo 2 del Real Decreto Ley 1382/1985 de 1 de agosto. Posteriormente se consideró que se extinguía salvo disposición en

contrario; el principio de reserva estatutaria abarcaba la retribución del administrador; y el cargo de administrador era compatible con una relación laboral ordinaria.

1.6 Debate en las resoluciones (DGRN) y Sentencias (ap, ts)

Se ha considerado necesario hacer esta parada en tanto que la STS de 26 de febrero de 2018 ha supuesto un antes y después en la interpretación del régimen legal sobre retribución de consejeros delegados o con funciones ejecutivas en las no cotizadas.

Para dar cuenta del vuelco que esta Sentencia ha supuesto¹² en parte, pues conviene adelantar que no ha despejado todas las dudas¹³ ni tampoco ha de olvidarse que parte de un supuesto concreto, resulta de interés traer a colación las resoluciones o sentencias anteriores a aquélla sobre este tema y qué consecuencias prácticas se derivan de las mismas.

1.7 Antes de la STS de 26 de febrero de 2018, nº 18/2018

¹² ALFARO, J., en la entrada del blog Almacén de Derecho, dedicada a esta STS entiende que la misma “pone patas arriba sin necesidad una cuestión generalmente considerada como resuelta”.

¹³ En sentido crítico, sobre todo alertando de las posibles consecuencias de la nueva interpretación: PAZ- AREZ, C., “Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26- II- 2018).

Ha de considerarse que hasta la STS de 26 de febrero de 2018, nº 98/2018, las Audiencias Provinciales interpretaban que la sistemática de la Ley conducía la existencia de un régimen específico de remuneración para los consejeros delegados o con funciones ejecutivas (art.249LSC), distinto del general aplicable a los administradores “en su condición de tales” art.217 LSC. Las sentencias que sostenían esa postura en las siguientes: SAP Barcelona (secc.15), de 30 de Junio de 2017, nº 295/2017, que resultada casada por la STS de 26 de febrero citada, y SAP Palma de Mallorca de 2 de mayo de 2017, Nº 134/2017.

La postura mantenida se consideraba conforme con el informe de expertos que se tuvo en cuenta para la reforma de la LSC por la Ley 31/2014. La consecuencia más relevante de esa consideración implicaba que, por una parte, “los sistemas de remuneración por el ejercicio de funciones ejecutivas no habían de constar en el estatuto sino en el contrato del consejero delegado o con funciones ejecutivas y la sociedad”. Y una segunda consecuencia, conectada con la anterior, implicaba que “el límite máximo de remuneración anual aprobado por la junta no afectaba a la retribución por la prestación de funciones ejecutivas”. Por tanto, era el propio consejo (con mayoría de votación reforzada) quien acordaba este importe con el consejero delegado o con funciones ejecutivas, sin verse condicionado por el límite máximo fijado por la junta.

1.8 Interpretación nuclear del régimen de retribución de administradores en sociedades no cotizadas en la STS de 26 de febrero de 2018, nº 98/2018

Esta STS sigue la postura de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 21.11.15, que desestimaba la demanda contra la calificación negativa del registrador de Barcelona (Luís Fernández del Pozo), siendo la cláusula discutida del siguiente tenor: “ 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 art. 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital”. Como es sabido, esta sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación y estimado el recurso por la SAP Barcelona (Secc.15), de 30 de junio de 2017, nº 295/2017, que resulta casa por la STS de 26 de febrero.

La STS declara nula una cláusula estatutaria en tanto que considera que la posibilidad de fijar una retribución para los consejeros delegados y consejeros con facultades ejecutivas es contradictoria con el carácter gratuito de cargo de administrador estatutariamente previsto.

El TS interpreta en esta Sentencia el régimen de retribución de administradores de las sociedades no cotizadas y se desvía de la tesis mantenida, hasta ahora, por las Audiencias Provinciales en las sentencias arribas citadas y por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN). Y así lo afirma expresamente: “este tribunal no comparte las conclusiones que la Audiencia Provincial alcanza sobre el significado de la reforma (...) tampoco comparte la doctrina que ha establecido la DGRN”. Por si no había quedado claro añade: “Tampoco la utilización de la expresión “administradores en su condiciones de

tales” en los nuevos apartados segundo y tercero del art.217 TRLSC debe interpretarse como han hecho la Audiencia Provincial y la DGRN. También afirma el TS que ha de estarse a una interpretación conforme al sentido propio de las palabras, el contexto, los antecedentes históricos y legislativos.

El tribunal entiende como idea central que, en las sociedades no cotizadas, los art. 217 y 249 LSC deben interpretarse de manera cumulativa y no alternativa.

Con relevancia crucial para la práctica se derivaría una primera consecuencia de la interpretación del TS, cual es, la intervención de la junta en la determinación de la cuantía (anual y máxima) de la retribución de los consejeros del artículo 249 LSC. Esto es, de la sentencia parecería derivarse que en el caso de las sociedades no cotizadas, la retribución que haya de percibir un consejero delegado o con funciones ejecutivas quedaría sujeta al importe máximo de remuneración anual de los administradores acordado por la junta. Y, en segundo lugar, supondría la aplicación del principio de reserva estatutaria a la retribución por la prestación de funciones ejecutivas. El sistema de remuneración de los consejeros ejecutivos por todas sus funciones, incluidas las ejecutivas, debería constar en los estatutos sociales. No el quantum, pero si el sistema.

El TS sostiene que la expresión “administradores en su condición de tales” englobaba todas las funciones del administrador (incluidas las ejecutivas) y no solo las que son indelegables., En este punto conviene comentar que el TS considera que la condición de administrador “no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativas como las ejecutivas” (y cita el art. 209 LSC). Y añade que en el sistema español se está ante un sistema

monista, de manera que no puede deducirse que el legislador haya alterado ese sistema, siendo todo administrador, en su condición de tal, un administrador con facultades deliberativas, representativas o ejecutivas.

Considerada el TS que una interpretación del régimen de retribución como la realizada por la Audiencia Provincial supone, como reconoce la propia sentencia recurrida (SAP Barcelona (secc.15) de 30 de junio de 2017, que es de la que la TS trae causa), “ comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derecho de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel juzgado por la junta general”. Y añade que “ no parece razonable que, siendo la remuneración de los consejeros delegado o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de precisión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en la fijación de la cuanta máxima, sino que, además, los criterios establecido en el 217,4 TRSLC (esto es el principio de proporcionalidad de la retribución) no le sean aplicables”.

En síntesis, podría entenderse que, según el Tribunal Supremo, en relación con el sistema de retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas, tras la reforma de la ley 31/2014, habría de tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- (i) En cuanto a los estatutos sociales, éstos deben fijar el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este último caso, los sistemas de retribución de los administradores “en su condición de tales” (por todas las funciones que realicen, incluidas las ejecutivas. Apunta el

TS más adelante, sin explicar su alcance, una flexibilización del principio de reserva estatutaria en los siguientes términos: el hecho de que haya de firmarse un contrato y que la competencia sea del consejo, “ ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosa que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria (en este sentido, sentencia de esta Sala 180/2015, y 505/2017, de 19 de septiembre)”

- (ii) En relación con la intervención de la Junta, según el TS, “la lógica del sistema” determina que los términos del contrato a que se refiere el artículo 249.3 y 4 LSC “constituyen el desarrollo del acuerdo de distribución de la retribución entre los distintos administradores adoptado por el consejo de administración con base en el art. 217.3” LSC. Por lo que “han de enmarcarse en las previsiones estatutarias y dentro del importe de la remuneración anual del conjunto de los administradores aprobado por la junta general”.
- (iii) En cuanto al consejo de administración, según el TS, el artículo 249 contiene especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o con funciones ejecutivas, en cuanto al requerido contrato, aprobado por el consejo de administración con el voto favorables de dos terceras partes de sus miembros y con la

abstención del consejero afectado, “pero cuyo contenido ha de ajustarse al “ marco estatuario” y al importe máximo anual de las retribuciones , en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores”.

En cuanto a las sociedades cotizadas, la STS de 26 de febrero deja sentado que no entra a pronunciarse sobre el régimen especial de éstas en la LSC.

Puede augurarse que esta STS, al suponer un giro respecto de lo que antes se consideraba, implicará que en la práctica se acuda a la prudencia y se siga en mayor o menor medida lo en ella señalado. Parece sin embargo que no ha de olvidarse el origen de la cuestión litigiosa, como es que la cláusula estatutaria era más que tajante en cuanto a afirmar la gratuidad del cargo a la vez que abría la puerta al consejo para “lo que tenga por conveniente”. Tampoco debe olvidarse que la letra de la LSC admite varias interpretaciones, pues no en vano las ha habido, muchas y de distinta tendencia por doctrina, tribunales y DGRN, ríos de tinta en suma a partir de la reforma. Merece así mismo destacarse que no todo lo que el TS discute era tan discutido antes, porque parecía entenderse que el 217.2 y 3 estaban totalmente en el foco del problema y no tanto los apartados 1 y 4 de ese mismo artículo. A la vez podía entenderse que los sistemas previsto en los artículos 21 y 219 debían interpretarse conforme a lo en ello dispuestos. Incluso se había entendido que la novedad de la reforma venía por considerar que las retribuciones por funciones distintas a las de alta dirección (piénsese en un ingeniero que hace

un trabajo para la sociedad en la que trabaja) queden no cubiertas estatualmente pero sí controladas por la junta.

Por otra parte, cabe plantear que alguna relevancia deberá darse al apartado 4 del artículo 249 LSC que se refiere a la “política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general”. Reténgase, finamente, que el propio TS atempera su “interpretación conjunta del régimen diseñado para regir las remuneraciones de los administradores sociales y, especialmente, la interpretación sistemática de los arts. 217, 218,219 y 249 TRLSC, con los demás preceptos citados, teniendo en cuenta las finalidades expresadas en el preámbulo de la ley de reforma”, con el hecho de que haya de interpretarse la “reserva estatutaria” de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas como antes lo había hecho el propio Tribunal. Esta flexibilización podría ir referida a la posibilidad de prever en los estatutos sociales distintos sistemas de remuneración con carácter alternativo, pero en la STS no se aclara.

Merece así mismo destacarse que las modificaciones de la reforma en cuanto a la delegación de facultades no lo son tanto en cuanto a la delegación en sí.

1.9 Comentario PAZ-ARES tras la sentencia

En su obra “Perseverare diabolicum”, escrita en abril de 2018, apenas un par de meses después de la sentencia de 26 de febrero de 2018. Se entiende por “retribución toxica aquella que contraviene el interés de la sociedad o que no es conforme a la situación económica del mercado, de acuerdo con Javier Fernández. Disponible en el blog online accesible en el siguiente link

http://djavabogados.com/articulos_juridicos/las-llamadas-retribuciones-toxicas-losadministradores-las-sociedades-capital/, [consulta: 02/05/2019] 55 STS” , desarrolla numerosos argumentos jurídicos, además de su opinión personal, que contrarrestan los usados por el TS en la STS. Si bien, habiendo leído ya diversos artículos de opinión sobre la temática objeto de estudio, lo que más sorprende es la acidez de sus palabras en torno a la cláusula estatutaria que causa la STS. Así, sin dejar de adular la labor de los magistrados del TS en cuanto a su esfuerzo pedagógico y su capacidad expresiva, siendo esta en todo momento lo suficientemente clara y eficaz como para permitir su comprensión de una simple lectura, analiza meticulosamente quién y cómo consigue provocar esta STS. Más aún, la finalidad de este escrutinio no es buscar argumentos a mayores que permitan criticar el tema de fondo, sino un ataque directo y sin tapujos al modus operandi de la parte interesada. Defiende, y personalmente creo no cabe quitarle mérito por ello, que los tribunales no se crean con la finalidad de resolver cuestiones hipotéticas o dirimir dudas personales, pues independientemente de su jurisdicción, no solo supone un coste de su valioso tiempo o un uso innecesario de los recursos públicos. La verdadera atrocidad, a su entender, es la redacción tan peculiar y sesgada de la cláusula estatutaria. Tras investigar, comparto haber descubierto que la sociedad que pretendía inscribir tal cláusula en sus estatutos nunca había estado activa y la forma de su organización era simple, por lo que no había ni si quiera consejeros que remunerar. Así, a título individual cabe preguntarse, ¿qué interés presente tiene más valor? ¿Cuál debe protegerse? Por un lado, había una inseguridad jurídica abrumadora provocada por el uso de terminología ambigua por el legislador que dejaba al libre arbitrio del

registrador de cada localidad, determinar el alcance de la reserva estatutaria obligatoria. Motivo que probablemente motivara a quien redactó la cláusula estatutaria. Por otro lado, no deja de ser evidente que un fallo de carácter tan marcado y exigente obligará a numerosas sociedades a modificar sus estatutos sociales para adecuarlos a la nueva interpretación del régimen de retribución, suponiendo un elevado coste privado, que con perspectiva no deja de ser un coste social, pues el dinero que requiera tal modificación no será invertido en mejorar el proceso productivo o en innovar con tecnologías verdes menos contaminantes.



2. RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 249 LSC

2.1 Introducción

El artículo 249 se destina a la delegación de facultades del consejo de administración, mientras que el artículo 249bis se ocupa de las facultades que no pueden ser objeto de delegación, previsto ahora con mayor detalle. El artículo 249 LSC se modificó – como se ha expuesto- con ocasión de la reforma del año 2014; en particular, se modificó el apartado 1º para matizar la redacción anterior y, como novedad más relevante, se introdujeron dos nuevos apartados, el 3º y el 4º que supusieron una modificación significativa respecto a la anterior.

En esencia, el régimen previsto en este artículo parte de la existencia de un consejo de administración (capítulo V del Título VI), de manera que, cuando los estatutos sociales no dispongan lo contrario y sin perjuicio de cualquier otro apoderamiento, el consejo puede designar entre sus miembros uno o varios consejeros delegado o comisiones ejecutivas (art. 249.1LSC). En tal caso han de quedar establecido el “contenido, los límites y las modalidades de delegación”. Para ello se ha previsto una mayoría de dos terceras partes de los componentes del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos” (apartado 3º).

En el apartado 3º se prevé la obligación de celebrar un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o con funciones ejecutivas, con unos requisitos de aprobación, en el que se detallarán los conceptos retributivos, debiendo ser dicho contrato en esta materia acorde a la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general (apartado 4º).

Se ha considerado que uno de los objetivos de la reforma del año 2014 fue el aportar luz sobre algunos de los aspectos más problemáticos que la retribución de administradores con funciones ejecutivas planteaba. Entre ellos, siempre se ha citado la denominada teoría del vínculo, referida a si el administrador con funciones ejecutivas puede contar a su vez con una relación laboral especial de alta dirección, sobre la que la norma introducida no se pronuncia de forma expresa. De igual modo, se pretendía abordar la sujeción y alcance de los estatutos sobre la remuneración de los administradores al contrato que ahora viene exigido. Sea como fuere el régimen legal se concreta parcialmente en el

modo de organizar el consejo de administración y, en particular, en su aspecto remuneratorio.

2.2 Delegación de facultades y comisiones ejecutivas

En primer lugar, el artículo 249 plantea la posibilidad de designación en el consejo de uno o varios consejeros delegados o “ una o varias comisiones ejecutivas”. Este inciso supone que es posible la existencia de varias comisiones ejecutivas (en la anterior redacción solo se permitía una). La posibilidad de varias comisiones especializadas está prevista expresamente en sede de cotizadas en el 539 terdecies LSC, de manera que cada una de las comisiones especializadas pueda asumir funciones específicas. En la práctica no parece que en las sociedades no cotizadas se considere necesario el establecimiento de estas comisiones especializadas. Por otra parte, ha de señalarse que la existencia de pluralidad de consejeros delegados no resulta novedosa, pues ya se permitía en la redacción anterior.

El consejo de administración tiene la competencia para la creación de órganos delegados, por lo que ha de entenderse que no es necesario que se haya previsto su existencia en los estatutos, ni tampoco resulta imprescindible la intervención de la junta general. Por ello, cabría entender que la intervención de la junta general en esta creación requeriría que los estatutos le hayan atribuido expresamente esta competencia, con un alcance determinado, ya que, en ausencia de previsión estatutaria, la LSC asigna esta competencia al consejo de administración¹⁴. Lo que resulta más novedoso a partir del año 2014

¹⁴ LEÓN,F., “Art.249”, *Comentario de la reforma*, cit, epígrafe 12.

es la necesidad de establecer el contenido, los límites y las modalidades de delegación. Y si hay varios consejeros delegados, se ha de determinar el carácter mancomunado o solidario del ejercicio de las facultades conferidas, ya sean de todas o de parte de ellas.

En el supuesto de que se desee limitar el ámbito de actuación de los administradores con funciones ejecutivas, debería recogerse en el acuerdo del consejo de administración, aspecto éste que ya podía entenderse de conformidad con el artículo 149.1 RRM¹⁵. Obsérvese que la relación de las facultades indelegables que aparecen enumeradas en el artículo 249 bis de forma detallada- también introducida por la reforma del año 2014- sirve de apoyo para mantener la vigencia de esa norma del Reglamento, de manera que se podría utilizar una fórmula genérica (se delegan las facultades legal y estatuariamente delegables; o bien podrá hacerse una enumeración particularizada).

Por otra parte, se observa que no hay una norma expresa que suponga la obligatoria configuración del órgano delegado como comisión ejecutiva en el supuesto en que el número de consejeros delegados sea superior a dos, a diferencia de lo que sí que se prevé en el artículo 210.2 LSC para las sociedades anónimas cuando el número de administradores es superior a dos, debiendo constituirse entonces en consejo de administración. Podría en efecto argumentarse la aplicación de esta regla por analogía con base en el principio de colegialidad y en la necesidad de evitar que se pueda eludir el mandato de

¹⁵ “Deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatuariamente delegables. En el supuesto de que se nombren varios Consejeros Delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma”.

la LSC para las sociedades anónimas por la vía del nombramiento de varios consejeros delegados. Téngase en cuenta que en todo caso esa justificación decaería para las sociedades de responsabilidad limitada, para las que no se exige consejo cuando haya tres o más administradores.

En cuanto a la compatibilidad de la existencia de una comisión ejecutiva con la de uno o varios consejeros delegados que actúen mancomunadamente o de forma solidaria, parece desde luego perfectamente posible. Así como lo es que el presidente sea a la vez consejero delegado (presidente ejecutivo; 529 septies LSC) y coexista con otro consejero delegado o comisión.

2.3 Contrato



2.3.1. Compatibilidad del contrato con la política de retribuciones

El artículo 249.4 indica que el mismo “deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general”. Este inciso plantea la duda de si sería compatible afirmar que el cargo de administradores pueda ser gratuito siendo retribuido el de consejero con funciones ejecutivas (STS de 28 febrero de 2018). Y ello porque, de haberse consignado en los estatutos la gratuidad del cargo, resultaría difícil admitir que la junta elaboraría esa “política de retribuciones” en una sociedad no cotizada. Que esa elaboración no es obligatoria en las no cotizadas resulta claro, lo que llevó en su momento a considerar que la referencia debía entenderse al supuesto de cotizadas (de ahí el matiz “ en su caso” para adaptarse a ambos supuestos), en las que sí que

existe la obligatoriedad de contar con una política retributiva legalmente prevista¹⁶. Es cierto, por otra parte, que la norma se concreta en el momento de celebración del contrato, por lo que cabe plantearse si se exige o no una conformidad continuada, parece razonable considerar que cambios sustanciales obligarían a una revisión del contrato.

Por otra parte, con anterioridad podía incluso considerarse la responsabilidad de los consejeros por aprobación de contratos que pudieran resultar lesivos para la sociedad¹⁷. Además, el juego del artículo 217.4 LSC puede en efecto ser traído a colación en cuanto que si se ignorase lo en él dispuesto, se podría considerar que la decisión sería inadecuada (art.226 LSC).

2.3.2 Celebración del contrato

Una de las principales novedades de la regulación vino constituida como es sabido, por la previsión de la celebración de un contrato entre la sociedad el consejero delegado o el consejero al que se le atribuyan funciones ejecutivas. A la vista del tenor literal, se vino entendiendo que el contrato había de celebrarse en todo caso, viniendo la celebración exigida con carácter imperativo y necesario, así como con contenido necesario que incluya los conceptos retributivos.

Así, el apartado 3º dispone lo siguiente: “Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones

¹⁶ JUSTE MENCÍA,J., CAMPINS VARGAS,A., “La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas. El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad”, pág.759.

¹⁷ SÁNCHEZ- CALERO,J., “La retribución de los consejeros ejecutivos”, pág.366.

ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad que deberá ser aprobado.

Previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión “. A continuación, el apartado 4º se refiere al contenido mínimo de ese contrato, en el que se detallarán “ todos los conceptos por los que pueda obtener una atribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro”. Con la importante consecuencia de que, de no contenerse la especificación de dichos conceptos, “el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato”.

La obligación de celebración del contrato parece clara, habiéndose entendido que así es incluso en el caso en que el administrador delegado aceptase serlo sin retribución alguna. Este planteamiento parece venir confirmado por el tener literal de la LSC.

Así, el artículo 249.3 no distingue ni se refiere a la remuneración al establecer la exigencia de celebración del contrato. Es un el apartado siguiente, el 4º en el que se dispone que en dicho contrato se detallarán todos los conceptos por los que “ pueda” obtener (no “deba”) una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas. Se observará además que, al ir referido a la retribución

asociada al ejercicio de “funciones ejecutivas”, cabe entender que el mismo sería distinto de la retribución que pueda corresponder a los administradores en su condición de tales ¹⁸ (art.217 LSC y para las cotizadas , art.529, septdecies LSC). En definitiva la obligatoriedad de celebración del contrato viene compuesta por el legislador, si bien no se impone la obligatoriedad de retribución en todo caso. Y ello porque habría de ampararse por el legislador la compatibilidad de la existencia de consejero delegado en sociedades de dimensión reducida en las que no se contemple remuneración específica.

Ahora bien, sí que habría de considerarse que la celebración del contrato- necesaria- no sería un requisito de validez del nombramiento de consejero delegado, puesto que para ello bastaría estar a los requisitos clásicos de los apartados 1 y 2 del mismo artículo¹⁹. En efecto , es en ese acuerdo en el que se delimitan el contenido, límites y modalidades de delegación, que se trasladan al Registro Mercantil. Esa literalidad de la norma permite entender que las posibilidades de determinación de la delegación de facultades tienen como límite las indelegables, de contenido necesariamente variable.

De la naturaleza del contrato el artículo no contiene mención alguna y tradicionalmente se ha aludido a la “teoría del vínculo²⁰”. Puede decirse que hasta la reforma del año 2014 la doctrina del vínculo era la mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, de manera que la relación del consejero con la sociedad no podía ser a la vez mercantil y laboral, ya que una misma relación no podía regirse por dos contratos distintos. La razón de ser de esta teoría

¹⁸ CULUBERT,I.y TORRES.A.-“Delegación de facultades por el consejo y facultades indelegables”, La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo”, J.García de Enterría, Dir. Aranzadi,2015, pág.81 y ss.

¹⁹ SANCHEZ-CALERO,J., “La retribución de los consejeros ejecutivos”, pg.360.

²⁰ SÁNCHEZ- CALERO,J., “La retribución de los consejeros ejecutivos”, pg 363 y 364.

consistía en la “coincidencia funcional” entre la actividad desempeñada por el administrador y por su relación de alta dirección, sujeta al RD 1382/1985 y perseguía – en el inicio de su consolidación jurisprudencial- impedir que el contrato de alta dirección permitiese eludir las exigencias mercantiles provenientes del antiguo artículo 130 LSC. Es cierto que con ocasión de la reforma de la LSC del año 2014 pudo verse en un primer momento la cierta superación de la doctrina del vínculo, en cuanto que se entendiese que en el caso de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas podría considerarse la existencia de un “doble” vínculo²¹, si bien esta aproximación no parece confirmada, sobre todo a la vista de la STS de 26 de febrero de 2018. Cabe mantener cierta duda sobre si la nueva regulación no modifica sustancialmente la doctrina del vínculo que podría, en consecuencia seguir siendo mantenida. Puede, por otra parte, entenderse que en caso de controversia sería competencia de los juzgados de lo mercantil, así como cabe admitir el sometimiento de arbitraje.

En relación con la referida teoría, que el vínculo mercantil prevalece respecto del posible laboral, es cierto que la STS de 26 de febrero de 2018 no se detiene en la materia, aunque algunas de sus alusiones sí que pueden tener cierta relevancia. En concreto, se ha observado que el tribunal no apoya la distinción de funciones con relación al desempeño del cargo de administrador. Y además: “La relación entre el consejero delegado o ejecutivo y la sociedad se sustancia no solo por el nombramiento orgánico en un acuerdo de la junta (que le nombra consejero) y del consejo (que delega en él determinadas funciones) sino también mediante un negocio jurídico bilateral en el que pueden detallarse los

²¹ JUSTE MENCÍA, J., CAMPINS VARGAS, A., “La retribución de los consejeros delegados” pg.781.

términos y condiciones particulares conforme a los cuales debe desarrollarse la función de administrar por parte de quien ocupa el cargo de consejero delegado o ejecutivo, completando de esta forma las insuficiencias del estatuto legal de cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato. En definitiva, podría desde luego considerarse que esta Sentencia entiende que la teoría del vínculo debe seguir manteniéndose al considerar que el vínculo mercantil absorbe el vínculo laboral, posición que ya ha sido contestada por parte de la doctrina.²²

En situación similar se encuentra la aproximación a los aspectos fiscales de estas remuneraciones, en la medida en que la reforma del impuesto de sociedades del año 2014, para el periodo impositivo a partir del año 2015, podía acoger una cierta compatibilidad, esto es, que permitía dar pie a la deducibilidad del gasto al margen del cumplimiento o no de los requisitos del artículo 217 LSC.

En cuanto a la competencia para la aprobación del contrato, se recuerda que la intervención del consejo en la aprobación viene exigida por la norma, con la mayoría de dos terceras partes de los consejeros debiendo abstenerse el consejero con funciones ejecutivas en la votación.

Para la inscripción, se está exigiendo en la práctica registral una certificación del nombramiento por la mayoría necesaria y acreditar la aprobación del contrato mediante su debida constancia en la certificación del acta del consejo de administración.

²² PAZ-ARES, C., *Perseverare diabolicum* (A propósito de la STS 26-II-2018).

2. 4. REMUNERACIÓN

Una primera lectura de la LSC en este punto lleva a considerar – artículo 249.4 LSC- que estas retribuciones por el ejercicio de funciones ejecutivas son “distintas” “añadidas” a las remuneraciones que corresponda al administrador-ahora consejero delegado o con función ejecutiva-“en su condición de tal”, cuyo importe debe ser aprobado por la junta general de conformidad con el artículo 217 LSC. La dificultad que en la práctica se había observado consiste en determinar el encaje de esa distinta o añadida remuneración con la general.

En todo caso, la remuneración de los consejeros ejecutivos, como se expuso, ha sido una materia controvertida tradicionalmente, ya que, aunque la normativa societaria introdujo la exigencia de previsión estatutaria de la remuneración de los miembros del órgano de administración en los artículos 130 LSA o 66 de la LSRL, luego 217 de la LSC, faltaba sin embargo una regulación específica de la retribución de consejeros con funciones ejecutivas, lo que había dado lugar a posiciones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia. En la jurisprudencia puede destacar la STS de 10 de febrero de 2012 especialmente atenta y rigurosa con la exigencia e regulación estatutaras de las remuneraciones de consejeros ante el riesgo de “retribuciones tóxicas” y en la práctica registral, cabe destacar la RDGRN 17 Junio de 2014.

Parece, por tanto, que el legislador quiso salir al paso de esa situación empezando como se ha visto por regularla, por establecer un régimen específico, sin que parezca que el tenor literal de la LSC haya resuelto todas

las incertidumbres. Antes al contrario, a la vista de la STS de 26 de febrero de 2018.

3-. CONCLUSIONES

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

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

estatutaria delimitando a qué administradores engloba y ejemplifique que preceptos satisfarían tal previsión. Es de inmediata urgencia y necesidad un único criterio a aplicar para determinar el sistema retributivo para los distintos tipos de administradores de las sociedades no cotizadas, que establezca la situación y determine que interpretación es la correcta.

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

Las posturas del debate son variadas, pero se pueden resumir en tres grandes bloques en función del cumplimiento o no del principio de reserva estatutaria:

- La tesis unitaria o acumulativa de aplicación del artículo 217 de la LSC a todos los administradores y, a mayores, el artículo 249 de la LSC a los administradores con funciones ejecutivas o consejeros delegados.
- La tesis dual alternativa que distingue entre administradores con funciones deliberativas y aquellos con funciones ejecutivas, con regímenes retributivos distintos para cada uno y consecuentemente con o sin reserva estatutaria.
- Una postura intermedia flexibilizadora en la que los requisitos de reserva estatutaria se relajan para los administradores con funciones ejecutivas, sin obstar que sigan englobándose en el alcance de la reserva

estatutaria del artículo 217 de la LSC. Aquellos que abogan por la reserva estatutaria también defienden la competencia de la junta general para determinar el límite máximo anual global a percibir por todos los administradores.

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

Respecto al dictamen del TS en sí mismo, desde una perspectiva abstracta y sin entrar a dirimir el fondo del asunto, creo que o bien la postura mayoritaria de la doctrina desde la reforma acaecida en el 2014 era errónea y el TS se ve efectivamente en la obligación como órgano supremo de justicia de vislumbrar el verdadero sentido de la reforma y por ello dicta esa sentencia, sin perjuicio de que por aplicación de los principios generales del Derecho Procesal para que este se pronuncie tiene que haber un petitum que así lo reclame, o bien las circunstancias coyunturales son tales que causan que asuma la función de legislador y establezca el régimen retributivo que considera debería ser de aplicación, actuando más allá de las competencias constitucionalmente atribuidas.

Que el legislador a la hora de sistematizar la legislación haya especificado un capítulo para regular las peculiaridades del consejo de administración implique que la normativa general prevista en otros apartados de la misma ley, LSC, no es de aplicación, es un criterio válido, en virtud del principio de especialidad.

Este es un criterio básico de aplicación universal, la ley especial deroga la ley general, y, por tanto, las previsiones concretas son las aplicables. Si bien, la aplicación cumulativa o alternativa de los artículos 217 y 249 de la LSC nada tiene que ver con eso, pues lo que se pone en duda es si a los consejeros con funciones ejecutivas se les aplica un régimen retributivo cumulativo o alternativo en función del concepto que se tenga por consejero con funciones ejecutivas.

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

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

No hay que olvidar la importancia del criterio gramatical, que a partir de la redacción literal del apartado primero del artículo 217 de la LSC, y el uso del gerundio “determinando” permite afirmar la necesaria obligación de establecer el sistema retributivo por el que se va a remunerar al administrador para que la

presunción de gratuidad se destruya. Podría haber dicho “pudiendo determinar”, pero no lo hace, por lo que no se puede poner en tela de juicio la exigencia de reserva estatutaria del sistema retributivo para todos los administradores. Esto goza de vital importancia en general, pero más aún, para aquellos exponentes de posturas doctrinales para los que sistema retributivo y concepto o conceptos retributivos sean sinónimos.

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

Respecto a la cláusula estatutaria de la RDGRN del 31 de octubre de 2018, considero que el mismo detalle vislumbrado en la descripción del contrato que deberá mediar entre la sociedad y el administrador con funciones ejecutivas, podría haber sido dedicado a la reserva estatutaria y el límite máximo global anual a aprobar por la junta general, de modo que no cupiera duda acerca de la licitud de la cláusula. Si bien, ante la estricta pregunta de si el texto en cuestión vulnera la legalidad, la respuesta es no, pues no niega el principio de reserva estatutaria expresamente. Pero sí peca de determinación suficiente y clara, y ¿por ello puede ser causa de rechazo de inscripción? efectivamente. Ahora bien, la situación coyuntural no solo posibilita esta inscripción y similares, sino que incluso, radicalizando, se podría decir que las favorece debido a la falta de

determinación y seguridad jurídica tanto en el precepto legal tras la reforma en sociedades no cotizadas, como el hecho de que la sentencia del TS del 26 de febrero no se pueda considerar jurisprudencia al ser una única sentencia resultado de un recurso de casación ordinario. Es por esto, que se evidencia necesario un evento que solucione definitivamente este conflicto, ya sea una reforma legislativa o una sentencia en firme que dicte jurisprudencia.

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

4.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

POLO SÁNCHEZ, E., *Los Administradores y el Consejo de Administración de la sociedad Anónima*, Civitas, 1992, Comentario al Régimen General de las Sociedades Mercantiles, Tomo VI, PP.190 Y SS.

De PAZ-ARES, C. tres trabajos en la revista *InDret*, en el primero de ellos ya proponía esta solución que encajaría después con la opción legislativa del año

2014: “ El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 2008; “ *Ad impossibilia nemo tenetur*”.

De solución “ especial” hablan: SÁNCHEZ- CALERO, J., “La retribución de los consejeros ejecutivos”, *Estudios sobre órganos de las Sociedades de Capital, Liber amicorum* Fernando Rodriguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, Aranzadi, 2017, pp. 353 y ss.

PAZ-ARES, C., “Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018)

SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores de las sociedades de capital*, Civitas, 2005, pg. 248.

JUSTE MENCÍA, J. Y CAMPINS VARGAS, A., “Retribución de los consejeros ejecutivos”, *RDS*, nº 45, 2015, pp.491 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de la junta del art. 217 LSC (Lo que no dice la resolución DGRN de 30 de julio de 2015)”, *La ley*, de 28 de octubre de 2015 (*Del mismo autor*, “ *El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma. Pág 202 y ss.*

“Referencias programática” según el informe de expertos. Con cierta utilidad en todo caso: en este sentido, DEL RÍO GALEOTE, A., “Régimen general de remuneración de administradores”. *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Francisco Javier Arias Varona, Andrés Juan Recalde Castells, 2015, pp. 105-112.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los deberes de conducta de los administradores”, *La reforma de la Ley de Sociedades DE Capital en materia de Gobierno corporativo*, J. García de Enterría. Aranzadi, 2015 pp. 61 y ss.

LEÓN,F., “Art.249”, *Comentario de la reforma*, cit, epígrafe 12.

JUSTE MENCÍA,J., CAMPINS VARGAS,A., “La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas. El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad”, pág.759.

SÁNCHEZ- CALERO,J., “La retribución de los consejeros ejecutivos”, pág.366.

CULUBERT,I.y TORRES.A-.”Delegación de facultades por el consejo y facultades indelegables”, *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, J.García de Enterría, Dir. Aranzadi,2015, pág.81 y ss.



