



# *Doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de retribución del consejero ejecutivo y del consejero delegado*

Autor/a

**Amanda Cohen Benchetrit**

*Magistrada Especialista en asuntos propios de lo Mercantil*

**REVISTA LEX  
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*

RLM nº4 | Año 2017

Artículo nº 6

Páginas 29-34

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

## *1. Exigencia de determinación estatutaria de la retribución de administradores: fundamento.*

Principio básico de la regulación de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico es el de la exigencia de que la misma quede reflejada en los estatutos de la sociedad (principio de determinación estatutaria de la remuneración).

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (en adelante, LSA 1951) establecía, a tal efecto, que “La retribución de los administradores habrá de ser fijada en los Estatutos”.

El TRLSA de 1989 reprodujo en su artículo 130 el contenido del artículo 74 de la LSA de 1951, disponiendo que “La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participa-

ción en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios 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”.

Por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se añadió al precepto un párrafo segundo, conforme al cual “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”.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) exigía, asimismo, la constancia estatutaria del sistema de remuneración de los administradores, pues, caso de no figurar referencia alguna, el cargo se entendería gratuito (artículo 66).

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 10 de julio, sistematizó la regulación existente hasta ese momento en esta materia, dedicando a la retribución de los administradores sociales los artículos 217, 218 y 219. En lo que importa, para la cuestión objeto de análisis, el principio de determinación estatutaria de la retribución se recogió en el artículo 217, que disponía (antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) que “1. El cargo de administrador es gra-

tuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución (...)”.

Este precepto quedó afectado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, siendo la redacción actual la que sigue:

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

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

*3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.*

*Doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de retribución del consejero ejecutivo y del consejero delegado*

4. *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*".

Se comprueba, pues, que es una constante en la normativa reguladora de la remuneración de los administradores sociales la exigencia de su reflejo estatutario. Caso de ausencia de determinación estatutaria, el cargo se entenderá gratuito (salvo para las sociedades cotizadas –artículos 529 sexdecies a 529 novodecies LSC–).

Dicho esto, ¿cuál es el fundamento del principio de determinación estatutaria de la remuneración de los administradores?

En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 412/2013, de 18 de junio (LA LEY 9204/2013), recogiendo la doctrina expuesta en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 441/2007, de 24 de abril (LA LEY 12506/2007), 448/2008, de 29 de mayo, (LA LEY 74022/2008) y 893/2012, de 19 de diciembre de 2011 (LA LEY 293101/2011), se mantiene que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución "aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de

los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles".

Se persigue, en definitiva, que sean los socios los que, mediante acuerdo adoptado en la junta con una mayoría cualificada, quienes fijen el régimen retributivo de los administradores sociales y que, en todo caso, como expresa la Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (Marginal: PROV\2015\307642), "los socios, lo fueran o no al tiempo en que esta decisión fue adoptada, estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social".

## 2. *Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.*

A pesar de la aparente claridad de la norma en cuanto a la exigencia de determinación estatutaria de la retribución de administradores, ésta ha planteado importantes problemas de interpretación a la hora de delimitar su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.

Respecto del ámbito objetivo, en estos momentos existe consenso en la doctrina mercantil, entendiéndose que los estatutos sólo deben fijar el sistema de retribución y no la cuantía o importe exacto de la retribución, lo que provocaría una rigidez excesiva, correspondiendo su concreción a la Junta General de Accionistas. Al respecto, señala la Sentencia 411/2013, de 25 de junio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que este precepto (el 130 Rdlleg 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) puede ser interpretado, en consonancia con lo dispuesto en la actualidad en el

art. 217 Rdlg 1/2010, de 2 de julio, Texto Re-fundido de la Ley de Sociedades de Capital – antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre– en el sentido de exigir la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada.

Mayores problemas presenta la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma. La doctrina mayoritaria (J. Juste Mencía, F. Sánchez Calero, J. Sánchez Calero Guilarte, entre otros), durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) estimaba que el artículo 130 TRLSA era aplicable a todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos, que no podían evitar los límites retributivos estatutarios previstos en la norma a través de la firma de un nuevo contrato. Otro sector de la doctrina (C. Paz Ares), por el contrario, consideraba que mientras que para la administración personal y el consejero ordinario hay una única relación societaria de administración cuya retribución queda sometida al artículo 130 LSA, en el caso del consejero ejecutivo se superponen dos relaciones: la relación básica de administración social que incluye exclusivamente la función deliberativa o de supervisión y otra relación de servicios – cuyo origen está en la delegación – que abarca la función ejecutiva. Y así, mientras que la retribución de la primera relación está sometida a la exigencia de cobertura estatutaria que impone el artículo 130 LSA, no lo está, sin embargo, la retribución específica que trae causa de la segunda relación, que ha de regirse por el artículo 141 LSA.

Bajo la vigencia de la actual regulación, sigue discutiéndose si la exigencia de la determinación estatutaria de la retribución del administrador contenida en el artículo 217 LSC

es de aplicación general o si quedan fuera de tal regulación los consejeros delegados o los miembros del consejo de Administración con funciones ejecutivas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ya ha tomado partido en esta cuestión, desde la Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 30/09/2015), que fue objeto de comentario en el primer número de esta revista digital por la Profesora Sra. Cortés Brenes (“El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo”, Revista Lex Mercantoria, Nº 1, Año 2.015, páginas 1 a 6).

En dicha resolución se estimaba el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid a inscribir una escritura de modificación de estatutos sociales de una entidad, concluyendo que el principio de determinación estatutaria de la remuneración recogido en el art. 217. 1 LSC no resulta de aplicación a los Consejeros que desempeñan funciones ejecutivas.

La cuestión que se planteaba en aquel expediente era la de resolver si estaban suficientemente determinados en los estatutos de la sociedad unos complementos de retribución a favor de miembros del consejo de administración que desempeñaban funciones ejecutivas, defecto que fue apreciado por el registrador en su calificación.

La DGRN considera que no pueden ignorarse en esta materia las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del Gobierno Corporativo. En particu-

*Doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de retribución del consejero ejecutivo y del consejero delegado*

lar, por esta Ley se da nueva redacción al artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital que en sus apartados tercero y cuarto disponiéndose que: «3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre 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. 4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución 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. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

De la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución 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. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo 249.4 «...deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

Consecuentemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima el recurso interpuesto frente a la calificación negativa del Registrador, considerando que es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo.

Acoge el Centro Directivo en dicha resolución la postura que en la doctrina había mantenido PAZ ARES (“El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, Indret 1/2.008) y que parece haber sido consagrada por la nueva regulación introducida en la reforma de la Ley 31/2014, siguiendo el nuevo texto legal la propuesta de modificaciones normativas del Informe de la Comisión de Expertos designada por arbitrio gubernativo, publicada el 14 de octubre de 2013, que abogaba por la necesidad de reconocer una “regulación específica” para aquellos consejeros que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas, concibiéndose dicha remuneración en el Informe como adicional y sometida a una regulación distinta a la que puedan percibir por su mera pertenencia al consejo de administración (como consejeros “en su condición de tales”), cuya sede material debe buscarse en el seno de la delegación de funciones (artículos 249.3 y 4 LSC y 529 octodecies LSC).

Sostiene la DGRN que resulta crucial separar dos supuestos: por un lado, el de la retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y, por otra, el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo. Y añade,

al respecto, que *“El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben*

*constar en estatutos (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital)”*.

La postura mantenida por la Dirección General en la Resolución citada de 30 de julio de 2015 (BOE 30/09/2015) ha sido reiterada en varias resoluciones posteriores: Resolución de 5 de noviembre de 2015 (BOE 24/11/2015); Resolución de 21 de enero de 2016 (BOE 11/02/2016); Resolución de 10 de mayo de 2016 (BOE 6/06/2016); Resolución de 17 de junio de 2016 (BOE 21/07/2016).

Se puede hablar, visto lo anterior, de la existencia de una doctrina consolidada de la DGRN, desde la entrada en vigor de la reforma en la Ley de Sociedades de Capital, por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en materia de retribución del consejero delegado o cuando se trate de un miembro del Consejo de Administración al que se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, distinguiéndose entre la retribución del administrador o consejero “como tal” (mero consejero), sujeta al principio de reserva estatutaria y la retribución del miembro del Consejo de Administración al que se atribuyan funciones ejecutivas, cuya retribución se fijará en el contrato previsto en el artículo 249.3 y 4 LSC y que no estará sujeta a dicha exigencia de la constancia estatutaria.

Comparto plenamente esta nueva doctrina de la DGRN. Sin embargo, he de advertir al lector que ésta no es postura judicial unánime (véase al respecto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona, de 27 de noviembre de 2015 –LA LEY 176729/2015–).

*Doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de retribución del consejero ejecutivo y del consejero delegado*