



Trabajo de Fin de Máster

**LA RETRIBUCIÓN DE LOS
ADMINISTRADORES SOCIALES EN
LA LEY DE SOCIEDADES DE
CAPITAL**

Presentado por:

Nicolae Bernevec

Tutor:

Dr. Rafael Bellido Salvador

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20
Fecha de defensa: Enero 2020

Resumen

El presente trabajo trata sobre la retribución de los administradores sociales a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que reforma el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Esa reforma operada por la Ley 31/2014 distingue dos categorías de administradores en dos preceptos distintos, creando una confusión en la doctrina con respecto a si se les aplican las mismas reglas o no en la determinación de sus retribuciones. Finalmente, la STS 98/2018 de 26 de febrero interviene estableciendo que no se debe realizar una distinción de categorías entre administradores sino que han de tener un tratamiento unitario en la determinación de su remuneración. La reforma también introduce los principios de proporcionalidad y sostenibilidad que se deberán tomar en cuenta a la hora de establecer los conceptos retributivos.

Palabras clave

Administradores sociales, sistema de remuneración, reserva estatutaria, conceptos retributivos, importe máximo de la retribución anual, administradores en su condición de tales, consejeros ejecutivos, STS 98/2018 de 26 de febrero, principio de proporcionalidad, principio de sostenibilidad, retribuciones desproporcionadas, control judicial.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES TRAS LA REFORMA DE LA LSC	3
2.1. La reserva estatutaria y el sistema de remuneración.....	3
2.2. Los conceptos retributivos.....	5
2.3. Acuerdos de la junta general en materia retributiva.....	7
2.4. La distribución de competencias en materia retributiva.....	8
3. LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS	10
3.1. La delegación de facultades y la celebración del contrato.....	10
3.2. Alcance del principio de reserva estatutaria respecto a los consejeros ejecutivos	11
3.2.1. <i>Doctrina a favor de la teoría del vínculo</i>	12
3.2.2. <i>Doctrina en contra de la teoría del vínculo</i>	14
3.3 Respuesta a la controversia creada a raíz de la STS 98/2018 de 26 de febrero.....	16
4. CRITERIOS MATERIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y EL CONTROL DE LA MISMA	19
4.1. Consideraciones previas.....	19
4.2. El principio de proporcionalidad	20
4.3. El principio de sostenibilidad	23
4.4. La reacción frente a las retribuciones tóxicas y el control judicial	25
5. CONCLUSIONES	28
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30

ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado

LSC: Ley de Sociedades de Capital

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda el régimen de la retribución de los administradores de sociedades por tratarse de un tema de actualidad, ya que en la crisis económica de los últimos años, los sistemas de determinación de la retribución de los administradores han sido señalados precisamente por la remuneración que obtenían aquellos que han dejado a muchas sociedades en una situación crítica o la han conducido a su extinción.

Ello puso de manifiesto la insuficiencia del régimen jurídico vigente en aquel momento, dando lugar a una creciente preocupación en la vida societaria en la que se exigía que las remuneraciones de los administradores reflejaran una evolución real de la sociedad y estuvieran perfectamente vinculadas con el interés de la misma y sus accionistas.

En el sistema español, se ha tratado de dar solución a los problemas planteados a través la de reforma de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) operada mediante 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, siendo un régimen aplicable, con carácter general, tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada. Ello se realiza con el objetivo de conseguir una mayor transparencia y publicidad en la remuneración de los administradores, y que los socios tengan una mayor participación la hora de determinar la remuneración de los mismos, ampliando también su capacidad de decisión en la junta general.

Este análisis de la retribución de los administradores sociales se efectúa a través del estudio las novedades introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y también con el apoyo de la doctrina mercantilista, de las resoluciones de Dirección General de los Registros y el Notariado y de nuestra doctrina jurisprudencial, permitiéndonos obtener un visión mucho más completa y detallada sobre la regulación de la remuneración de los administradores a raíz de la reforma de la LSC.

En el presente trabajo nos centramos principalmente en los artículos 217 y 249 de la LSC, al contener los mismos las principales novedades introducidas por la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

Ello nos ha permitido observar que, a pesar de que Ley 31/2014 introduce un mayor control de las retribuciones de los administradores a través la exigencia de que las mismas deben constar necesariamente en los estatutos sociales de la sociedad y que la junta general sea la competente para establecer el importe máximo de tales remuneraciones de forma anual, ha creado controversia en la doctrina porque diferencia en los dos artículos anteriores la remuneración de los administradores en su condición de tales y la remuneración de aquellos administradores que desempeñan funciones ejecutivas por delegación de facultades del consejo de administración.

Esa distinción creada en dos artículos diferentes, ha dado lugar a que una parte de la doctrina y la DGRN consideren que la remuneración de los administradores que desempeñen funciones ejecutivas, a diferencia de aquellos que ejecuten funciones de supervisión, no necesitarían estar previstos en los estatutos ni su cuantía total debería ser aprobada por la junta general sino por el consejo de administración en los contratos por los que se encomiendan aquellas funciones ejecutivas.

La cuestión anteriormente planteada ha llegado hasta nuestra doctrina jurisprudencial, concluyendo finalmente el Tribunal Supremo en su sentencia nº 98/2018, de 26 de febrero, que la remuneración de los administradores en su condición de tales y de aquellos que desempeñan funciones ejecutivas siempre deben constar en los estatutos sociales de la sociedad.

Por último, otro de los objetivos de la reforma ha sido la necesaria adecuación de la remuneración de los administradores a la situación económica de la sociedad en cada momento y que el sistema de remuneración esté orientado a promover la rentabilidad de la sociedad a largo plazo, dando lugar a la consagración legal de los principios de proporcionalidad y sostenibilidad en la determinación de las retribuciones. Ello permitirá a los socios y, en último caso, a los tribunales, ponderar la adecuación de aquellas remuneraciones acordadas para los administradores sociales.

2. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES TRAS LA REFORMA DE LA LSC

2.1. La reserva estatutaria y el sistema de remuneración

El régimen general tiene como punto de partida según lo establecido en el artículo 217.1 de la LSC el principio de gratuidad del cargo de administrador salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario.

Esa presunción de gratuidad radica en que a través de ella se hace efectiva la obligación de las sociedades de hacer público, por medio de los estatutos, el sistema de remuneración, de forma que, si así no se hace, los administradores no podrán reclamar ninguna compensación devengada del desempeño del cargo de administrador¹.

Para que quede destruida la presunción de gratuidad del cargo de administrador es preciso que se disponga expresamente en los estatutos sociales el sistema de retribución², tal y como señala el artículo 23. e) y el artículo 217.1 de la LSC. Esa previsión, debe realizarse de tal forma que no provoque ninguna confusión con respecto al carácter retribuido del administrador.

La finalidad principal de la reserva estatutaria en relación con la remuneración de los administradores consiste en la necesaria transparencia exigible en las sociedades de capital sobre los mecanismos retributivos y la necesidad de proteger a los socios, de manera que estén informados sobre el alcance de tal retribución³.

Ese requisito de previsión estatutaria del sistema de retribución se ha interpretado de una forma estricta tanto por la doctrina registral de la DGRN

¹ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores tras la Ley 31/2014», Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales, nº 6, 2017, pp. 1-29, en p. 3.

² La STS 180/2015, Sección Primera, de 9 de abril (Tol 5003616), se pronuncia sobre qué se entiende por sistema de retribución: *“Por sistema de retribución debe entenderse el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución”*.

³ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución de los administradores de las sociedades de capital», en J.A. García Cruces (dir.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 17-55, en pp. 25-26.

como por la doctrina jurisprudencial, exigiendo una constancia estatutaria clara e inequívoca⁴.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de indicar en varias resoluciones cuál es el fundamento de ese principio, entendiendo que la norma estatutaria tiene por finalidad potenciar la máxima información a los socios a fin de facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia especialmente sensible⁵.

Conforme a ello, se incide en la protección de los socios frente a la posibilidad de que los administradores cambien la retribución por propia decisión⁶, eludiendo aquellas garantías que permitan una modificación de los estatutos sociales⁷, y frente a la posibilidad de que los administradores fijen retribuciones que dificulten su destitución, como por ejemplo la fijación de una indemnización excesiva que pudiera condicionar un posible acuerdo de cese del administrador⁸.

Por tanto, la exigencia de previsión estatutaria conlleva dar a conocer al socio aquella información que lo proteja frente a lo inesperado. Esa información integraría, por un lado, la dimensión cualitativa de la remuneración (su

⁴ IRÁCULIS, N., «La remuneración del consejero ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital», Revista de Derecho Mercantil, nº 311, 2019, pp. 1-29, en p. 14.

⁵ STS 412/2013, Sección Primera, de 18 de junio (Tol 3799220): *“Esta Sala ha afirmado 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”*.

⁶ La STS 441/2007, Sección Primera, de 24 de abril (Tol 1069800), argumenta sobre la finalidad de la norma: *“Con el fin de proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien por propia decisión, exige que la retribución de todos ellos, sea fijada en los estatutos”*.

⁷ La STS 505/2017, Sección Primera, de 19 de septiembre (Tol 6347672) señala lo siguiente: *“La exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios, dada la exigencia de un quórum superior y las garantías formales con las que se reviste la modificación de los estatutos sociales”*.

⁸ En este sentido la STS 708/2015, Sección Primera, de 17 de diciembre de 2015 (Tol 5596229), al señalar que: *“Se trataría de impedir que el propio órgano de administración, cuyos miembros son los beneficiarios de la retribución, decida libremente sobre sus propias retribuciones, de tal forma que una indemnización excesiva pueda condicionar un posible acuerdo de destitución”*.

existencia, el sistema remuneratorio y los conceptos retributivos), y, por otro lado, la documentación de aquella información mediante los estatutos sociales⁹.

Esta exigencia formal viene a determinar que todas aquellas retribuciones satisfechas sin mención estatutaria serán ineficaces y deberán ser reintegradas por el administrador¹⁰.

No obstante, nuestra doctrina jurisprudencial entiende que existen excepciones a la restitución en base al principio de buena fe, que son aquellos casos en que la retribución satisfecha al administrador y sin mención estatutaria era conocida y consentida por los socios¹¹.

2.2. Los conceptos retributivos

Además de la constancia del carácter retribuido del cargo de administrador, es igualmente necesario que estatutariamente quede fijado el sistema concreto de retribución elegido, sin que pueda dejarse a la libertad de la junta general o del consejo de administración la determinación de tal sistema retributivo en un momento ulterior¹².

La retribución de los administradores en su condición de tales podrá venir determinada en distintos conceptos retributivos a incluir en los estatutos sociales, en virtud del cual el artículo 217.2 de la LSC realiza una enumeración de tales conceptos, entre los que figuran: una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores de referencia, remuneración en acciones, indemnizaciones por cese cuando no se

⁹ IRÁCULIS, N., «La remuneración del consejero ejecutivo...», cit., p. 12.

¹⁰ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 26.

¹¹ Así se pronuncia la STS 412/2013, Sección Primera, de 18 de junio (Tol 3799220), al indicar lo siguiente: *“Tal conducta es apta para generar fundadamente en el administrador la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podía percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy actor y en que no se le iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Tal comportamiento, en cuanto significativo, prolongado y contradictorio con la pretensión deducida en la demanda, convierte a ésta en inadmisibile, en aplicación de la doctrina de los actos propios, manifestación del principio general de buena fe”*. En este mismo sentido se pronuncia la STS 505/2017, Sección Primera, 19 de septiembre (Tol 6347672).

¹² CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 26.

trate de incumplimiento de funciones del administrador y los sistemas de ahorro o de previsión que se consideren oportunos.

Esta lista se configura como una lista abierta, por lo que la retribución de los administradores podrá estar integrada por conceptos retributivos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 217 de la LSC¹³.

No obstante, el sistema retributivo incluido en los estatutos sociales no puede prever dos o más conceptos retributivos cuya aplicación fuera alternativa, independientemente de que dicha aplicación quedara sujeta a una decisión de la junta general o del consejo de administración¹⁴. En este sentido se pronuncia la DGRN, al entender que no es posible la aplicación alternativa de los conceptos retributivos¹⁵.

En cambio, si será posible establecer distintos conceptos retributivos con carácter alternativo siempre que la junta general no tenga la facultad de optar por alguno de ellos al haberse concretado estatutariamente los parámetros para su aplicación¹⁶. Como por ejemplo, que se retribuya al administrador social en la cantidad más alta de entre las previstas¹⁷.

Asimismo, se podría incluir en los estatutos sociales un concepto retributivo con carácter principal, sea este fijo o variable, y prever otros conceptos retributivos que podrán acumularse a los fijados con carácter principal, aunque en este caso, sería necesario que se fijen ciertos parámetros para su aplicación, de modo que ese otorgamiento no quede a la completa potestad de la junta general.

¹³ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 4.

¹⁴ RUIZ, M., «Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital», Revista de Derecho de Sociedades, nº 46, 2016, pp. 1-53, en p. 5.

¹⁵ La Resolución de la DGRN de 17 junio de 2014 (BOE-A-2014-8091), señala lo siguiente: *“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”*.

¹⁶ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 30.

¹⁷ En este sentido se pronuncia la Resolución de la DGRN de 9 de abril de 2015 (BOE de 4 de mayo), que admite una cláusula que fija 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”*.

De igual modo, será posible establecer distintos conceptos retributivos con carácter subsidiario para el caso de que no sea posible la remuneración con arreglo al procedimiento principal¹⁸.

2.3. Acuerdos de la junta general en materia retributiva

Con la reforma operada la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el apartado 3 del artículo 217 de la LSC incluye un nuevo sistema en la fijación de la retribución anual de los administradores. Esta modificación pretende que la junta general aumente su implicación en materia retributiva¹⁹.

En este sentido, tal y como prevé el precepto anterior, el importe máximo de la remuneración anual que podrá percibir el conjunto de los administradores en su condición de tales ha de ser aprobada mediante un acuerdo de la junta general, manteniéndose tal límite en tanto no se apruebe su modificación por la propia junta²⁰.

La DGRN, por su parte, no tiene inconveniencia alguna en que se fije la cuantía concreta de la retribución del administrador. Por ello, si la retribución consiste en una cantidad fija, es posible que esta ya quede determinada en los estatutos sociales²¹.

Además, ese régimen de aprobación del importe máximo de la remuneración anual por parte de la junta general, se convierte en una medida de control *ex ante*, ya que se pretende coordinar la retribución de los administradores sociales con el interés de la sociedad, y ello se consigue dando intervención a la junta y que su decisión vincule al consejo de administración²².

Por otra parte, también se debe entender permitido que la junta general adopte un nuevo acuerdo en el que decida elevar importe máximo global de la

¹⁸ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 30.

¹⁹ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 5.

²⁰ Artículo 217.3 de la LSC.

²¹ La Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 2015 (BOE-A-2015-2691) afirma lo siguiente: *“no debe verse obstáculo alguno para que, a falta de prohibición legal expresa, el sistema de retribución consista no ya en una cantidad máxima anual que deba concretar la junta general (como admitió la Resolución de 26 de septiembre de 2014) sino en una cantidad fija determinada en los estatutos”*.

²² IRÁCULIS, N., «La remuneración del consejero ejecutivo...», cit., p. 19.

remuneración dentro del periodo anual fijado. Ello se sustenta en que los acuerdos de la junta general vinculan a los administradores pero no a la propia junta, que podrá modificarlos en virtud de un acuerdo adoptado con posterioridad. No obstante, aunque la junta general no quede vinculada por sus propios pactos o acuerdos, la misma tendrá que respetar en todo momento lo dispuesto en los estatutos sociales.

Por último, la fijación del importe máximo de la remuneración puede plantear problemas en caso en que se utilicen conceptos retributivos de difícil o imposible predeterminación, tales como las retribuciones variables o indemnizaciones por cese. En estos casos, la junta general deberá aprobar los parámetros concretos para la fijación de esa cuantía, siendo recomendable un acuerdo posterior de la junta general en el que se fije la retribución definitiva²³.

2.4. La distribución de competencias en materia retributiva

La LSC también prevé un reparto de competencias entre la junta general y el consejo de administración en relación con el reparto entre los distintos administradores de la cantidad fijada por la junta general como importe máximo anual de la remuneración.

En este sentido, conforme al apartado 3 del artículo 217 de la LSC, para concretar la retribución que corresponde a cada administrador, se opta por confiar esta decisión a la junta general. No obstante, si la junta no adoptara tal acuerdo, se atribuye a los propios administradores la decisión de cómo distribuir aquel importe máximo de la remuneración entre los distintos administradores. Por último, si la sociedad se rigiera por consejo de administración, este será el competente para distribuir la remuneración fijada por la junta general entre los distintos miembros del mismo, debiendo tener en consideración las funciones atribuidas a cada consejero.

Esta competencia subsidiaria hace que exista una serie de límites a la hora de llevar a cabo la distribución de la retribución entre los distintos administradores. En primer lugar, el órgano de administración quedará limitado por el acuerdo de

²³ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 6.

la junta general, y, en segundo lugar, en el caso de existir un administrador único, el mismo no podrá decidir sobre la distribución de la remuneración, ya que no hay más administradores que él entre los que distribuir esa retribución. En ese caso, deberá ser la junta general la que fije su retribución²⁴.

Asimismo, en aquellos supuestos en los que la administración esté conferida a varios administradores mancomunados y solidarios, es posible que exista una retribución desigual entre ellos atendiendo a las concretas funciones desempeñadas por los mismos, permitiéndose con ello una desigualdad en la retribución en función de razones objetivas. En cambio, no sería admisible esa remuneración desigual si no obedece a este tipo de razones y nace de un simple criterio discrecional de la junta general o del órgano de administración.

No obstante, si los estatutos no hubieren autorizado una distribución desigual, el acuerdo que atribuya la remuneración a unos administradores y no a otros sería nulo por carecer de cobertura estatutaria.

Por último, también es posible la existencia de cláusulas estatutarias en las que se establezcan el carácter gratuito del cargo para unos consejeros y retribuido para otros, en atención a las funciones desempeñadas²⁵.

²⁴ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 8.

²⁵ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., pp. 48-49.

3. LA REMUNERACIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS

3.1. La delegación de facultades y la celebración del contrato

La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, regula también en el artículo 249 de la LSC la retribución de los administradores por el desarrollo de funciones ejecutivas cuando la sociedad se rige por un consejo de administración, haciendo referencia a los mismos como consejeros delegados o consejeros con funciones ejecutivas. La definición legal del consejero delegado o ejecutivo la encontramos concretamente en el artículo 529 duodecimos de la LSC²⁶.

En este sentido, cuando la sociedad se rija por un consejo de administración y el mismo acuerde la delegación de facultades en uno o varios consejeros, será necesario que la sociedad y esos consejeros suscriban un contrato que regule las condiciones en las que los mismos deberán desarrollar sus funciones.

Este contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, entendiéndose aprobado cuando voten a favor de su suscripción dos terceras partes de sus miembros, donde el consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación relativa a la suscripción del contrato.

Además de los requisitos de aprobación, los contratos suscritos con los consejeros ejecutivos deberán contener todos los conceptos retributivos que podrán percibir los mismos en el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluidas, en su caso, la posible indemnización por cese anticipado, las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro.

Asimismo, el consejero no podrá percibir ninguna retribución por el desempeño de aquellas funciones ejecutivas cuyas cantidades no estén previstos en el

²⁶ Artículo 529 duodecimos de la LSC. Categorías de consejeros: “1. Son consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. No obstante, los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en esta la consideración de dominicales. Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración, se considerará como ejecutivo”.

contrato, el cual deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada por la junta general²⁷.

Por último, con respecto a la naturaleza jurídica de ese contrato previsto en el artículo 249 de la LSC, se llega a entender que es mercantil, porque el contrato se encuentra previsto en la normativa societaria, y porque son los tribunales mercantiles los competentes para conocer de las controversias que podrían surgir de este tipo de contratos²⁸.

3.2. Alcance del principio de reserva estatutaria respecto a los consejeros ejecutivos

La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introduce una distinción entre la retribución de los administradores en su condición de tales (mencionada en el artículo 217 de la LSC) y la retribución por el desarrollo de funciones ejecutivas (contemplada en el artículo 249 de la LSC).

Esta distinción realizada por la normativa en la remuneración de los administradores, ha dado lugar a que se cuestione si la reserva estatutaria prevista en el artículo 217 de la LSC es igualmente exigible en el caso de aquellas retribuciones que puedan percibir los administradores por el desarrollo de funciones ejecutivas o delegadas cuando la sociedad se rige por un consejo de administración²⁹.

Si se entiende que la reserva estatutaria se aplica a los consejeros que desempeñan funciones delegadas o ejecutivas, estos quedarían sujetos a los límites que impone el sistema de retribución previsto en los estatutos sociales y, si no se incluye ningún sistema retributivo, a la presunción de gratuidad del cargo de administrador. En cambio, si se entiende que el régimen aplicable a estos consejeros es diferente respecto del establecido en el artículo 217 de la LSC, su retribución quedaría únicamente regulado por lo dispuesto en el contrato de administración previsto en el artículo 249 del mismo cuerpo legal³⁰.

²⁷ Artículo 249 de la LSC.

²⁸ RUIZ, M., «Nuevo régimen jurídico de la retribución...», cit., p. 38.

²⁹ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 32.

³⁰ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 5.

Ello supondría que los administradores podrían tener retribuciones por esas funciones delegadas o ejecutivas aunque el cargo de administrador fuese gratuito³¹.

En este último caso, la publicidad dada en los estatutos estaría únicamente relacionada con la retribución de aquellos consejeros sin funciones ejecutivas, dando lugar con ello a un sistema contrario a los intereses de los socios y accionistas³².

Esta duda interpretativa con respecto a la exigencia de reserva estatutaria ha dado lugar a dos posturas doctrinales distintas. Por un lado, se encuentra aquella parte doctrinal que considera que la remuneración por el desarrollo de funciones ejecutivas no quedaría sometida a la reserva estatutaria establecida en el artículo 217 de la LSC, y, por otro lado, se encuentra aquella parte de la doctrina que considera que la remuneración de los consejeros ejecutivos sí quedaría sometida a la reserva estatutaria del precepto anterior³³.

Estas dos posturas doctrinales las analizamos a continuación.

3.2.1. Doctrina a favor de la teoría del vínculo

Antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, esta cuestión de la remuneración de los consejeros ejecutivos venía resolviéndose al amparo de la teoría del vínculo, cuya idea esencial era que la retribución de los consejeros ejecutivos debía constar en los estatutos sociales y su importe debía ser determinado por la junta general³⁴.

Esta parte del sector doctrinal consideraba que los consejeros ejecutivos no podían percibir por el desempeño de sus funciones ejecutivas ninguna remuneración contractual que no estuviese incluida expresamente en los estatutos sociales, de modo que resultaba necesario que los sistemas de

³¹ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 36.

³² GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 5.

³³ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., pp. 36-40.

³⁴ PAZ-ARES, C., «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», Revista para el análisis del Derecho, *Indret*, nº 1, 2008, pp. 1-74, en p. 17.

retribución por el ejercicio de funciones ejecutivas tuviesen la correspondiente cobertura estatutaria³⁵.

En este sentido, se argumentaba que la función de gestión era inherente al cargo de administrador, y por ello, toda aquella actividad comprendida en ese ámbito queda incluida en el vínculo orgánico que tiene el administrador con la sociedad, sin que pueda ser retribuido por aquella fuera de las previsiones estatutarias³⁶.

Además, este rechazo a la existencia de una retribución al margen de previsión estatutaria se apoyaba en el interés por evitar que la sociedad elimine la garantía que supone para los socios el control estatutario. Ello daba lugar a que se considere ilegal toda aquella retribución percibida cuando el cargo era gratuito y cuando los conceptos retributivos no figuraban en los estatutos sociales³⁷.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial también era unánime con anterioridad a la modificación de la LSC, mostrándose a favor de reserva estatutaria y a la necesidad de dar un tratamiento unitario a la remuneración del administrador³⁸.

Con posterioridad a la reforma de la LSC, esta postura doctrinal sigue considerando que la no aplicación de la reserva estatutaria a la remuneración del consejero que ejerza funciones ejecutivas va en contra del principio que inspiró la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ya que ante la ausencia de una cláusula estatutaria de retribución o ante la previsión de la gratuidad del cargo

³⁵ BRENES, J., «Exclusión de la remuneración de los consejeros ejecutivos al principio de reserva estatutaria: una cuestión polémica», en A. Cohen Benchetrit, M.B. González Fernández, E. Olmedo Peralta, A.F. Galacho Abolafio (coords.), Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital, 2018, pp. 1-23, en p. 4.

³⁶ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 34.

³⁷ IRÁCULIS, N., «La remuneración del consejero ejecutivo...», cit., pp. 9-13.

³⁸ La STS 411/2013, Sección Primera, de 25 de junio de 2013 (Tol 3845919), consolida la teoría del vínculo al establecer lo siguiente: *“En cualquier caso, las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son propias del órgano de administración de la compañía, y respecto de su retribución estaban afectadas por las exigencias del art. 130 TRLSA, y en la actualidad del art. 217 LSC. En el presente supuesto, el consejero delegado no desempeñó servicios distintos a los inherentes a su condición de miembro del consejo de administración y consejero delegado, es claro que a la relación societaria no se superpuso ninguna otra relación mercantil que justificara una retribución ajena al sistema de retribución de los administradores sociales”*.

de administrador, los socios podrían encontrarse con desconocidas remuneraciones pactadas en los contratos de los consejeros ejecutivos³⁹.

En consecuencia, esta postura doctrinal también hace referencia al Preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por cuanto de su tenor literal se desprende que la remuneración de los administradores debe constar en los estatutos sociales, con especial referencia a la retribución que perciben los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas⁴⁰.

3.2.2. Doctrina en contra de la teoría del vínculo

Frente a los planteamientos anteriores, se ha manifestado otro sector de la doctrina mercantilista, argumentando que el principio de determinación estatutaria contemplado en el artículo 217 de la LSC no se aplica a los consejeros ejecutivos, resultando competente el consejo de administración y no la junta general para fijar la remuneración de tales consejeros⁴¹.

En este sentido, esta postura doctrinal parte de la idea de que la función inherente al cargo de administrador (en referencia a la función que realiza el administrador en su condición de tal) no tiene un contenido único sino variable, por lo que es necesario diferenciar entre formas simples y formas complejas de organizar la administración⁴².

³⁹ BRENES, J., «Exclusión de la remuneración de los consejeros...», cit., p. 9.

⁴⁰ Preámbulo de 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: “VI. Una novedad especialmente relevante es la regulación de las remuneraciones de los administradores. Distintos organismos internacionales han destacado la creciente preocupación por que las remuneraciones de los administradores reflejen adecuadamente la evolución real de la empresa y estén correctamente alineadas con el interés de la sociedad y sus accionistas. Para ello y en primer lugar, la Ley obliga a que los 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 desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital”.

⁴¹ BRENES, J., «Exclusión de la remuneración de los consejeros...», cit., p. 6.

⁴² RUIZ, M. «La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/1014 y el ALCM)», en M.J. Morillas, P. Perales Viscasillas, L.J. Profirio Carpio (dirs.), Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Madrid, 2015, pp. 860-893, en p. 869.

En las formas de administración simple del órgano de administración (administrador único, dos administradores mancomunados o varios administradores solidarios) la función inherente al cargo de administrador estaría integrada tanto por las funciones de gestión y supervisión como por las ejecutivas. En este caso, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar necesariamente en los estatutos sociales.

En cambio, en aquellas formas de organización compleja, que es cuando la sociedad se rige por un consejo de administración, las únicas funciones que se consideran inherentes al cargo de consejero son las de supervisión y control, donde el desempeño de la función ejecutiva debe vincularse a la delegación de funciones establecida en el artículo 249 de la LSC, esto es, a que se atribuya exclusivamente esa competencia. De esta forma, el consejero ejecutivo quedará unido a la sociedad por una doble relación. Una básica como consejero y otra adicional como delegado⁴³.

Esa doble vinculación obliga a reconocer a tales consejeros dos tipos de remuneraciones. Una retribución devengada de la función deliberativa, de control y supervisión que resultaría inherente al cargo de consejero y sometida a lo previsto en el artículo 217 de la LSC, y la remuneración de la función ejecutiva como consejero delegado que, en tanto no es inherente al cargo de consejero, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria. La regulación de esta retribución debe situarse en el artículo 249 de la LSC.

En consecuencia, entiende este sector doctrinal que la competencia para la fijación de la retribución de los consejeros ejecutivos debe recaer en el consejo de administración ya que debe existir una correlación entre la potestad de nombramiento y la de fijación de la remuneración. Por ello, la facultad del consejo para delegar funciones debe corresponderse con la potestad para negociar sus condiciones, entre las cuales se encuentra su remuneración⁴⁴.

⁴³ PAZ-ARES, C., «El enigma de la retribución...», cit., pp. 22-24.

⁴⁴ BRENES, J., «Exclusión de la remuneración de los consejeros...», cit., p. 6.

Por su parte, la doctrina de la DGRN, con posterioridad a la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se ha postulado en la misma línea que la doctrina anterior⁴⁵.

Conforme a ello, en sus resoluciones de 30 de julio y 5 de noviembre de 2015, la DGRN admite que no es necesario que la remuneración de los consejeros con funciones ejecutivas conste en los estatutos sociales, al considerar que no existe reserva estatutaria alguna para la retribución de tales funciones ejecutivas⁴⁶.

En otra de sus resoluciones, de 17 de junio de 2016, la DGRN sigue pronunciándose en el mismo sentido, al establecer que la retribución por la función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos sociales, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo de administración con el consejero⁴⁷.

3.3. Respuesta a la controversia creada a raíz de la STS 98/2018 de 26 de febrero

Tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la doctrina jurisprudencial no ha existido unanimidad con respecto a la exigencia o no de previsión estatutaria de la remuneración de los consejeros ejecutivos.

⁴⁵ CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución...», cit., p. 37.

⁴⁶ La Resolución de la DGRN de 30 de julio de 2015 (BOE-A-2015-10470), establece lo siguiente: *“El artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero esa política de retribuciones detallada, como exige el registrador, no necesariamente debe constar en los estatutos”*. Esta doctrina se ha visto reiterada en la Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 2015 (BOE-A-2015-12716), en la que se aborda la retribución del consejero ejecutivo: *“el artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria alguna”*.

⁴⁷ Resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016 (BOE-A-2016-7030): *“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”*.

Una de las primeras sentencias que ha intentado dar respuesta a la incógnita creada por la reforma de 2014, fue la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Sección Novena, de 27 de noviembre de 2015 (Tol 5598223).

En este supuesto, una sociedad de responsabilidad limitada trató de inscribir en el Registro Mercantil de Barcelona una escritura pública de modificación de los estatutos sociales de la sociedad, en la que se aprobaba un nuevo artículo en relación a la retribución de los administradores sociales⁴⁸.

El Registro Mercantil de Barcelona denegó la inscripción del precepto anterior considerando que vulneraba el principio de reserva estatutaria de la retribución⁴⁹.

Frente a esa calificación negativa del Registrador Mercantil, la sociedad de responsabilidad limitada interpuso una demanda de impugnación, donde la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona desestimó la demanda al interpretar que el artículo sobre la remuneración de los administradores vulneraba el principio de reserva estatutaria⁵⁰.

La citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil fue recurrida por la sociedad demandante, dando lugar al pronunciamiento de la SAP de Barcelona 295/2017, Sección Decimoquinta, de 30 de junio (Tol 6217953), la cual termina

⁴⁸ El nuevo artículo contenía la siguiente redacción: *“El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital”*.

⁴⁹ La calificación negativa del Registrador tenía la siguiente argumentación: *“Artículo 19 bis: dado que determina la no retribución del cargo de administrador, la regulación recogida a continuación, en cuanto permite al consejo de administración establecer remuneración para los consejeros ejecutivos para el ejercicio de las funciones ejecutivas, sin acuerdo de junta ni necesidad de previsión estatutaria, vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, dado que tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores, son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, ya sea en la constitución de la sociedad o en las ulteriores modificaciones de los mismos, cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración”*.

⁵⁰ La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Tol 5598223) afirmó lo siguiente: *“Atendiendo al tenor literal de dicho precepto, se observa como vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, en la medida en que tanto la existencia de remuneración como el concreto sistema de retribución de los administradores son circunstancias que necesariamente deben constar en los estatutos sociales, ya sea en el momento de su constitución o con posterioridad en las respectivas modificaciones; sin olvidar que ello es competencia exclusiva de la junta de socios, y no como pretenden los actores del consejo de administración”*.

revocando el pronunciamiento dictado por la sentencia de primera instancia, dando la razón a la sociedad recurrente.

En esta sentencia, la Audiencia Provincial se inclina a favor de la misma orientación que la DGRN, considerando que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, el artículo 249.3 y 4 de la LSC establece un régimen propio para la retribución de los consejeros ejecutivos, distinto del regulado por el artículo 217 de la LSC, quedando aquella retribución al margen de la correspondiente reserva estatutaria y del control de la junta general⁵¹.

La sentencia anterior fue recurrida en casación, dando lugar a la STS 98/2018, Sección Primera, de 26 de febrero (Tol 6526200), que casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y se decanta por extender a todos los administradores (incluidos los consejeros ejecutivos) el principio de reserva estatutaria, rechazando, por tanto, la doctrina mercantilista contraria a aquel principio y la doctrina diseñada por la DGRN a raíz de la reforma de la LSC⁵².

En el análisis que realiza el Tribunal Supremo en su Fundamento Sexto sobre el significado de la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en materia de remuneración de los administradores sociales, se pueden destacar los siguientes puntos:

1.- El artículo 217 de la LSC regula el régimen de retribución de los administradores sin realizar ninguna distinción entre categorías de administradores o formas de órgano de administración, y en el caso de un consejo de administración, tampoco distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos. De este modo, *“el precepto exige la constancia estatutaria del*

⁵¹ La SAP de Barcelona 295/2017, Sección Decimoquinta, de 30 de junio (Tol 6217953), entiende que: *“24. El artículo 249.3 y 4 establece un régimen propio de remuneración del consejero ejecutivo, separado del régimen general del artículo 217, para el que no existe reserva estatutaria ni intervención de la junta en la determinación del importe máximo”*.

⁵² AGUILAR, S., «Estudio de la remuneración asociada los consejeros ejecutivos tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, a la luz de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 2018», Revista Aranzadi Doctrinal, nº 8, 2018, pp. 1-13, en p. 6.

carácter retribuido para todo cargo de administrador y no exclusivamente para una categoría de ellos”.

2.- El sistema de organización de las administraciones sociales es monista y no se debe distinguir entre un órgano de representación o supervisión y otro órgano ejecutivo. Ello significa que *“los administradores sociales, en su condición de tales, tienen funciones deliberativas, representativas y ejecutivas”.*

3.- El consejo de administración puede delegar funciones ejecutivas en uno o varios de sus miembros, pero *“son delegadas porque precisamente se trata de funciones propias de los administradores delegantes, inherentes a su condición de tal”.*

4.- Las remuneraciones establecidas en los contratos de administración de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas *“han de enmarcarse en las previsiones estatutarias sobre retribuciones y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores aprobado por la junta general”*⁵³.

4. CRITERIOS MATERIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN Y EL CONTROL DE LA MISMA

4.1. Consideraciones previas

La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introduce una novedad en el apartado 4 del artículo 217 del LSC, al extender a todas las sociedades de capital los criterios de proporcionalidad y sostenibilidad de la retribución. Este apartado será de aplicación a la remuneración de todos los administradores, tanto a los administradores en su condición de tales como a aquellos administradores que desarrollen funciones ejecutivas⁵⁴.

⁵³ STS 98/2018, Sección Primera, de 26 de febrero (Tol 6526200).

⁵⁴ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 9.

Estos criterios reflejan un carácter programático, entendiéndose que son unos estándares normativos que fijan las directrices que se deben seguir a la hora de determinar la remuneración de cada administrador⁵⁵.

Ello da lugar a que la norma se convierta en una norma de control *ex post*, donde las partes podrán servirse de aquellos criterios para argumentar sobre la proporcionalidad o no de la retribución y al juez para decidir su carácter excesivo⁵⁶.

En consecuencia, se proporciona una base legal para que los socios, terceros y, en último caso, los tribunales puedan ponderar la adecuación de aquellas retribuciones acordadas para los administradores sociales⁵⁷.

4.2. El principio de proporcionalidad

La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incorpora una serie de parámetros en la normativa que suponen la consagración legal del principio de proporcionalidad⁵⁸.

En este sentido, el apartado 4 del artículo 217.4 de la LSC establece los criterios con los que la remuneración de los administradores deberá tener una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables⁵⁹.

En la adecuación de la remuneración conforme a esos tres parámetros, igualmente debe tenerse en cuenta las funciones y responsabilidades

⁵⁵ GARCÍA, J.M., «Competencia para acordar la remuneración y límites materiales y modales», en J.A. García Cruces (dir.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 57-96, en p. 81.

⁵⁶ GARCÍA, J.M., «Competencia para acordar la remuneración...», cit., p. 87.

⁵⁷ RONCERO, A., «Retribución de los consejeros ejecutivos. Adecuación de la retribución y deberes de actuación de los administradores», en A. Cohen Benchetrit, M.B. González Fernández, E. Olmedo Peralta, A.F. Galacho Abolafio (coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, pp. 1-27, en p. 5.

⁵⁸ RONCERO, A., «Retribución de los consejeros ejecutivos...», cit., p. 5.

⁵⁹ Artículo 217.4 de la LSC.

atribuidas a los administradores, ya que se trata de aspectos que también contribuyen a fijar una retribución adecuada⁶⁰.

Aunque los parámetros anteriores no figuraban de forma expresa en la LSC con anterioridad a la reforma de 2014, ello no significa que no era exigible la aplicación de los mismos a la hora de retribuir a los administradores⁶¹. En este sentido, nuestra doctrina jurisprudencial ya venía aplicando una serie de criterios a la hora de valorar la regularidad de las remuneraciones que percibían los administradores sociales⁶².

Con respecto al primer criterio, referente a la importancia de la sociedad, deberán analizarse una serie de aspectos, como el tamaño de la empresa, la cifra de ventas o el número de trabajadores, entendiéndose con ello que la retribución de los administradores sociales deberá estar ligada al tamaño de la sociedad y a su importancia económica⁶³.

De igual forma, la retribución de los administradores tendrá que estar vinculada a la situación económica de la sociedad. Esa referencia a la situación económica de la sociedad debe entenderse hecha a la situación económica general de la empresa y no solamente a su situación patrimonial, lo que incluye su situación financiera, sus resultados, el ramo de actividad de la empresa, las expectativas de crecimiento o las pérdidas existentes⁶⁴.

⁶⁰ RUIZ, M. «La retribución de los administradores...», cit., p. 882.

⁶¹ NAVARRO, I., «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», Revista de Derecho de Sociedades, nº 49, 2017, pp. 1- 29, en p. 17.

⁶² En este sentido la STS 25/2012, Sección Primera, de 10 de febrero (Tol 2503563): "27. A lo expuesto, se añade la necesidad de evitar que, mediante fórmulas excesivamente flexibles se potencie el fraude a la sociedad y se dificulte el control de la regularidad de las retribuciones ya que, aunque en nuestro sistema no se exige razonabilidad ni proporcionalidad, las retribuciones pudieran ser contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral". Y en la STS 377/2007, Sección Primera, de 29 de marzo (Tol 1059045), se recogen los elementos tenidos en cuenta por la tribunal a la hora de valorar la proporcionalidad de la remuneración, señalando lo siguiente: "En esa labor esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social".

⁶³ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 9.

⁶⁴ NAVARRO, I., «Retribuciones proporcionadas...», cit., p. 15.

Asimismo, la adecuación de la remuneración a la situación económica de la sociedad permite que se exija responsabilidad no solo a aquellos administradores que fijen retribuciones desproporcionadas sino también cuando los mismos no rebajan tales remuneraciones cuando exista un importante empeoramiento de la situación económica de la sociedad.

No obstante, la doctrina jurisprudencial considera que la existencia de pérdidas no sería razón suficiente para considerar como desproporcionada la retribución que percibe el administrador social⁶⁵.

Por ello, en el caso de que la situación económica de la sociedad empeore, no significa que automáticamente se rebajará las retribuciones de sus administradores, sino que se tendrá que analizar la labor desempeñada por los mismos⁶⁶.

El último criterio hace referencia a que la retribución de los administradores sociales debe tener una proporción razonable con los estándares de mercado de empresas comparables. Esa proporcionalidad hace referencia a una comparación horizontal, en virtud del cual en la remuneración de los administradores deberán tenerse en cuenta las remuneraciones satisfechas en otras empresas del mismo sector, teniendo en cuenta su tamaño, su ámbito de actuación y su situación económica⁶⁷. Ello significa que la remuneración del administrador social tendrá que tener relación con la retribución de otros administradores de sociedades del sector⁶⁸.

En consecuencia, en la remuneración de los administradores sociales deberán tenerse en cuenta las concretas funciones desempeñadas por los mismos,

⁶⁵ En este sentido se pronuncia la SAP de Valencia 325/2009, Sección Novena, de 10 de diciembre (Tol 1812780): *“Consideramos que la existencia de pérdidas en la sociedad - situación que no se discute y que resulta de las actuaciones - no determina per se la lesividad del acuerdo de retribución del órgano de administración, a quien incumbe, además, soportar las responsabilidades derivadas de su actuación, pues se ha de tener en cuenta las demás circunstancias indicadas por el Tribunal Supremo, ya que entenderlo de otro modo implicaría que siempre que una sociedad tuviera una situación económica difícil no pudiera retribuirse la actividad necesaria para su funcionamiento pese a la asunción de responsabilidades que entraña el desempeño de la administración, lo que podría producir un efecto claramente adverso para el funcionamiento de las sociedades mercantiles”.*

⁶⁶ NAVARRO, I., «Retribuciones proporcionadas...», cit., p. 15.

⁶⁷ RUIZ, M. «La retribución de los administradores...», cit., p. 883.

⁶⁸ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., pp. 9-10.

habrá que analizar la importancia de la sociedad, su situación económica en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables, para valorarlos de forma conjunta en la determinación del carácter abusivo de la retribución⁶⁹.

4.3. El principio de sostenibilidad

Además del principio de proporcionalidad, el apartado 4 del artículo 217.4 de la LSC regula el principio de sostenibilidad, en virtud del cual la remuneración de los administradores sociales debe perseguir tres objetivos: uno de carácter positivo, que consiste promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, y dos de carácter negativo, que consiste en incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables⁷⁰.

Con respecto a la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad, el hecho de que la ley haga mención expresa al largo plazo no impide que la sociedad también tenga en cuenta el corto o medio plazo para la fijación del sistema de remuneración de sus administradores. No obstante, la normativa trata de que los administradores no tengan incentivos únicamente para el corto y medio plazo, sino que también se tenga en cuenta el largo plazo a la hora de establecer ese sistema de remuneración.

Por lo que se refiere a las cautelas de carácter negativo, el sistema de remuneración no deberá favorecer la asunción excesiva de riesgos para la sociedad. Una de las formas de conseguir este propósito es mediante el aplazamiento de la remuneración, de forma que esta se obtenga en función de los riesgos asumidos a largo plazo⁷¹.

En este sentido, es preciso destacar que el control de la gestión societaria se sustenta en los deberes de diligencia y lealtad, en virtud del cual no se

⁶⁹ NAVARRO, I., «Retribuciones proporcionadas...», cit., p. 20.

⁷⁰ RUIZ, M. «La retribución de los administradores...», cit., p. 885.

⁷¹ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 10.

penalizan la asunción de ciertos riesgos sino que se desarrollan ciertas fórmulas dirigidas a incentivar precisamente la toma de cierto nivel de riesgos⁷².

Por ello, para rebajar la responsabilidad de los administradores en decisiones de negocio, el artículo 226 de la LSC protege las decisiones empresariales siempre que se realicen con la diligencia de un buen empresario, esto es, cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y conforme a un procedimiento de decisión adecuado. Esta es la regla del *business judgement rule* (protección de la discrecionalidad empresarial), donde se consagra la necesidad de que el administrador dirija la sociedad con libertad de criterio e independencia⁷³.

La aplicación de la regla anterior supone que los jueces no deberían entrar a analizar la distribución de las remuneraciones acordada por los administradores siempre y cuando se hubieran dado los requisitos para la aplicación de la regla del *business judgement rule* (existencia de actuación desinteresada, información previa, decisión de buena fe y decisión racional)⁷⁴.

No obstante, dentro del margen de discrecionalidad de que disponen los administradores para la fijación de la retribución, no entra en juego la aplicación de la regla de protección de la discrecionalidad empresarial recogida en el artículo 226 de la LSC⁷⁵, al tratarse de situaciones en las que las decisiones sobre la fijación de las retribuciones afectan directamente a otros administradores⁷⁶. En este sentido, nuestra doctrina jurisprudencial también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la discrecionalidad empresarial⁷⁷.

⁷² RUIZ, M., «Nuevo régimen jurídico de la retribución...», cit., p. 35.

⁷³ NAVARRO, D.E., «La retribución del administrador y el pacto de socios», en A. Cohen Benchetrit, M.B. González Fernández, E. Olmedo Peralta, A.F. Galacho Abolafio (coords.), Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital, 2018, pp. 1-16, en p. 9.

⁷⁴ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 11.

⁷⁵ RONCERO, A., «Retribución de los consejeros ejecutivos...», cit., p. 8.

⁷⁶ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 11.

⁷⁷ La SAP de Barcelona 357/2017, Sección Decimoquinta, de 12 de septiembre (Tol 6367491), se pronuncia en un supuesto de impugnación de un acuerdo de retribución que se considera contrario al interés social: "12. La resolución recurrida ha negado de forma tajante que pueda ser cuestionada la retribución fijada al administrador como contraria al interés social con fundamento en que la misma es desproporcionada en comparación con los beneficios al considerar que ello supondría una intromisión intolerable del poder judicial en el devenir de una

Además, la propia delimitación legal del supuesto de hecho al que se aplica la citada regla excluye expresamente del ámbito de la protección de la discrecionalidad empresarial a aquellas decisiones que afecten personal y directamente a otros administradores⁷⁸.

Finalmente, el sistema de remuneración también deberá incorporar alguna cautela para evitar la recompensa de resultados desfavorables. En este sentido, por un lado, se deberá valorar los resultados favorables para fijar la retribución de los administradores, y, por otro lado, en el caso de resultados desfavorables, se tendrá que penalizar o no recompensar, la remuneración de tales administradores. Dentro de las posibles cautelas que se pueden introducir con el objetivo mencionado están las cláusulas contractuales de restitución de las retribuciones que no se consideren acordes a los resultados⁷⁹.

En consecuencia, se trata de evitar que los administradores actúen sin tener en cuenta el riesgo asumido por la sociedad, haciéndoles partícipes de los resultados negativos que esta ha obtenido como consecuencia de su gestión⁸⁰.

4.4. La reacción frente a las retribuciones tóxicas y el control judicial

Las acciones comunes frente a las retribuciones excesivas pueden ser, por una parte, a través de la impugnación del acuerdo que establece la retribución por considerarse que es lesivo para el interés social (artículo 204.1 de la LSC), y, por otra parte, a través de la acción social de responsabilidad de los administradores (artículo 238 y 239 de la LSC). En ambos casos, la estimación

empresa porque ello sería contrario al principio de libertad de empresa. Nosotros no podemos compartir tal parecer, que deja sin contenido efectivo el concepto de interés social como parámetro de impugnación de los acuerdos. La mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social”.

⁷⁸ Artículo 226.2 de la LSC.

⁷⁹ RUIZ, M., «Nuevo régimen jurídico de la retribución...», cit., pp. 35-36.

⁸⁰ GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores...», cit., p. 10.

de la retribución como excesiva supondrá la condena a restituir tal remuneración por parte del administrador social⁸¹.

En el caso de que se ejercite una acción de impugnación del acuerdo sobre el sistema de retribución de la sociedad por lesión del interés social, se tendrá que acudir a los criterios del artículo 217.4 de la LSC, para valorar si efectivamente ese acuerdo retributivo es o no abusivo, y, en consecuencia, contrario al interés social⁸².

No obstante, como la decisión de cuánto y cómo retribuir reposa en la libertad de los socios, los límites que fija el artículo 217.4 LSC no pueden sustituir esa libertad. Por ello, si se estimara que el acuerdo social supera de modo relevante tales límites, solo el juez podrá invalidar el acuerdo y obligar a la devolución íntegra de la retribución percibida por el administrador, pero el juez no establecerá la retribución adecuada⁸³.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial realiza un exhaustivo análisis de las razones y criterios relativos al control de la retribución de los administradores, destacando que el control judicial no debe determinar cuál es la retribución apropiada, sino que se debe limitar a reconocer si el acuerdo retributivo supone o no un abuso de derecho⁸⁴.

⁸¹ GARCÍA, J.M., «Competencia para acordar la remuneración...» cit., p. 93.

⁸² COHEN, A., «Responsabilidad social corporativa y retribuciones tóxicas de los administradores sociales: luces y sombras al hilo del artículo 217.4 LSC», en A.F. Galacho Abolafio, E. Olmedo Peralta, M.B. González Fernández (Coords.), Derecho de sociedades cuestiones sobre órganos sociales, 2019, pp. 1-40, en p. 13.

⁸³ GARCÍA, J.M., «Competencia para acordar la remuneración...», cit., p.84.

⁸⁴ En este sentido, la SAP de Madrid 66/2013, Sección Vigésimooctava, de 1 marzo (Tol 3538214), describe la cuestión con claridad: *“Por otro lado, no está de más recordar que los tribunales no están llamados a fiscalizar el acierto económico de las decisiones empresariales ni a dictaminar lo que en cada momento hubiese de resultar más conveniente para la sociedad (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981, 12 de julio de 1983 y 17 de abril de 1997), pues eso supondría inmiscuirse en la soberanía de los órganos sociales e interferir en la autoorganización asociativa, lo que forma parte del derecho fundamental de asociación (artículo 22 de la Constitución), ante el que el poder público debe ser respetuoso”*. Sobre este asunto también se pronuncia la SAP de Barcelona 357/2017, Sección Decimoquinta, de 12 de septiembre (Tol 6367491): *“15. Es cierto, no obstante, que esa capacidad de interferencia que puede ejercitar el juez a la hora de analizar si el acuerdo fijando la retribución del administrador era perjudicial para la minoría no puede sustituir el libre albedrío de los socios, que deriva del principio de libertad de empresa. El control judicial no debe alcanzar a determinar cuál es la retribución razonable, sustituyendo a la voluntad de la junta general, sino que se debe limitar a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad. En definitiva se trata de un control de mínimos de razonabilidad, no de máximos”*.

En consecuencia, las intromisiones legales en la libertad de empresa a través del control judicial deben justificarse mediante razones de necesidad y proporcionalidad, donde el juez no trata de sustituir esa autonomía de los socios sino que ofrece un mecanismo para sujetar a control el ejercicio de esa libertad empresarial que puede lesionar el interés social⁸⁵.

⁸⁵ GARCÍA, J.M., «Competencia para acordar la remuneración...», cit., p. 84.

5. CONCLUSIONES

1. La modificación de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha supuesto una gran mejora del régimen sobre la remuneración los administradores sociales, dando lugar a una mayor transparencia, publicidad y control en una materia especialmente sensible.
2. Con la exigencia de reserva estatutaria y una mayor capacidad de actuación de la junta general en la determinación de la remuneración de los administradores, se da lugar a una mayor protección a los socios, imposibilitando que los mismos no tengan conocimiento de la existencia de esa retribución. También obliga a los administradores a tener una mayor diligencia a la hora de dirigir la sociedad, siendo conscientes de que pueden incurrir en responsabilidad si los mismos contravienen lo acordado por la junta general.
3. La STS 98/2018 de 26 de febrero, ha puesto fin a la controversia creada en la doctrina al establecer que la retribución percibida por el consejero delegado o ejecutivo deberá estar sometida tanto a reserva estatutaria prevista en el artículo 217 de la LSC, como a cobertura contractual en virtud del artículo 249 de la LSC, volviendo a tener presencia la doctrina del vínculo.
4. La STS 98/2018 va a provocar que muchas sociedades revisen el régimen estatutario y contractual de sus consejeros ejecutivos, además de modificar su ordenamiento interno.
5. Las retribuciones de los consejeros ejecutivos que no tuvieran oportuna cobertura estatutaria y cuyo importe no estuviese computado en el límite máximo anual que la junta general debe aprobar para los administradores, podrían ser consideradas contrarias a la Ley, y que los administradores que hayan percibido tales remuneraciones sean declarados responsables frente a la sociedad y obligados a su restitución.
6. La incorporación en la normativa de los principios de proporcionalidad y sostenibilidad podría permitir evitar que en la determinación de los sistemas de remuneración los administradores perciban unas retribuciones

desproporcionadas o que no sean acordes con la situación económica que atraviesa la sociedad.

7. No obstante, acreditar la concurrencia responsabilidad por la fijación de retribuciones desproporcionadas o abusivas no será una cuestión sencilla, porque para la apreciación de ese carácter abusivo y su lesión al interés social, se requiere la aplicación de una serie criterios o parámetros generales que admiten muchas posibilidades, y que posiblemente permitirá frenar solamente aquellas situaciones más polémicas o escandalosas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bibliografía

CURTO, M., «Exigencias formales y modos de retribución de los administradores de las sociedades de capital», en J.A. García Cruces (dir.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 17-55.

GARCÍA, J.M., «Competencia para acordar la remuneración y límites materiales y modales», en J.A. García Cruces (dir.), *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 57-96.

RUIZ, M. «La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/1014 y el ALCM)», en M.J. Morillas, P. Perales Viscasillas, L.J. Profirio Carpio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015, pp. 860-893.

- Artículos de Revista

AGUILAR, S., «Estudio de la remuneración asociada los consejeros ejecutivos tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, a la luz de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 2018», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2018, pp. 1-13.

GARCÍA, L., «Las remuneraciones de los administradores tras la Ley 31/2014», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, nº 6, 2017, pp. 1-29.

IRÁCULIS, N., «La remuneración del consejero ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, pp. 1-29.

NAVARRO, I., «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 49, 2017, pp. 1- 29.

PAZ-ARES, C., «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, nº 1, 2008, pp. 1-74.

RUIZ, M., «Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 46, 2016, pp. 1-53.

- Webgrafía

BRENES, J., «Exclusión de la remuneración de los consejeros ejecutivos al principio de reserva estatutaria: una cuestión polémica», en A. Cohen Benchetrit, M.B. González Fernández, E. Olmedo Peralta, A.F. Galacho Abolafio (coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, pp. 1-23. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/6521134> (Fecha de consulta 18 de noviembre de 2019).

COHEN, A., «Responsabilidad social corporativa y retribuciones tóxicas de los administradores sociales: luces y sombras al hilo del artículo 217.4 LSC», en A.F. Galacho Abolafio, E. Olmedo Peralta, M.B. González Fernández (Coords.), *Derecho de sociedades cuestiones sobre órganos sociales*, 2019, pp. 1-40. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/7267266> (Fecha de consulta 25 de noviembre de 2019).

NAVARRO, D.E., «La retribución del administrador y el pacto de socios», en A. Cohen Benchetrit, M.B. González Fernández, E. Olmedo Peralta, A.F. Galacho Abolafio (coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de*

sociedades de capital, 2018, pp. 1-16. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/6521131> (Fecha de consulta 14 de octubre de 2019).

RONCERO, A., «Retribución de los consejeros ejecutivos. Adecuación de la retribución y deberes de actuación de los administradores», en A. Cohen Benchetrit, M.B. González Fernández, E. Olmedo Peralta, A.F. Galacho Abolafio (coords.), Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital, 2018, pp. 1-27. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/6521133> (Fecha de consulta 20 de octubre de 2019).

- Legislación

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («BOE» núm. 161, de 3 de julio de 2010).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. («BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014).

- Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de la DGRN de 17 junio de 2014 (BOE-A-2014-8091).

Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 2015 (BOE-A-2015-2691).

Resolución de la DGRN de 30 de julio de 2015 (BOE-A-2015-10470).

Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 2015 (BOE-A-2015-12716).

Resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016 (BOE-A-2016-7030).

- Jurisprudencia

Audiencia Provincial

SAP de Valencia 325/2009, Sección Novena, de 10 de diciembre (Tol 1812780).

SAP de Madrid 66/2013, Sección Vigésimoctava, de 1 marzo (Tol 3538214).

SAP de Barcelona 295/2017, Sección Decimoquinta, de 30 de junio (Tol 6217953).

SAP de Barcelona 357/2017, Sección Decimoquinta, de 12 de septiembre (Tol 6367491).

Juzgado de lo Mercantil

SMJ de Barcelona 2621/2015, Sección Novena, de 27 de noviembre de 2015 (Tol 5598223).

Tribunal Supremo

STS 377/2007, Sección Primera, de 29 de marzo (Tol 1059045).

STS 441/2007, Sección Primera, de 24 de abril (Tol 1069800).

STS 25/2012, Sección Primera, de 10 de febrero (Tol 2503563)

STS 412/2013, Sección Primera, de 18 de junio (Tol 3799220).

STS 411/2013, Sección Primera, de 25 de junio de 2013 (Tol 3845919).

STS 180/2015, Sección Primera, de 9 de abril (Tol 5003616).

STS 708/2015, Sección Primera, de 17 de diciembre de 2015 (Tol 5596229).

STS 505/2017, Sección Primera, de 19 de septiembre (Tol 6347672).

STS 98/2018, Sección Primera, de 26 de febrero (Tol 6526200).