

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (CUNEF)

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADE

Trabajo Fin de GRADO



**CONFIGURACIÓN MERCANTIL DE LA
RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS EN
LOS SUPUESTOS DE DELEGACIÓN O CON
FUNCIONES EJECUTIVAS**

Autor: Izquierdo Ortiz, Beatriz

Tutores

Prof.^a Dr. ^a Dña. Marta Ortiz Márquez

Prof. Dr. D. Guillermo Velasco Fabra

Madrid, diciembre de 2019

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE	5
2.1. MARCO NORMATIVO ANTES DE LA REFORMA DEL 2014	5
2.1.1. Regulación anterior al texto refundido de la LSC de 2010	5
2.1.2. Regulación vigente durante el periodo 2010 a 2014	7
2.2. MARCO NORMATIVO TRAS LA REFORMA DE LA LEY 31/2014	8
2.2.1. Motivos de la reforma	9
2.2.2. Marco normativo actual vigente	10
3. CARACTERES DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES	15
3.1. PRESUNCIÓN DE GRATUIDAD DEL CARGO	15
3.2. LIBERTAD PARA FIJAR EL SISTEMA DE REMUNERACIÓN	17
3.3. PRINCIPIO DE RESERVA ESTATUTARIA.....	19
4. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL	22
4.1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES	23
4.2. LA TEORÍA DEL VÍNCULO: origen y fundamento.	24
4.3. TRASLADO AL ÁMBITO MERCANTIL	26
4.4. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL TRAS LA REFORMA DEL 2014	29
4.4.1. Comentario de la STS de 26 de febrero de 2018.....	33
5. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES	37
6. IMPLICACIÓN EN OTRAS ESFERAS DEL DERECHO	40
6.1. IMPACTO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL	40
6.2. IMPACTO EN EL DERECHO LABORAL	41
6.2.1. Naturaleza jurídica de la relación de administrador	41
6.2.2. Administrador que ostenta la condición de socio.....	43
6.3. IMPACTO EN EL DERECHO TRIBUTARIO	44
6.4. IMPACTO EN EL DERECHO CONCURSAL	46
7. CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51
WEBGRAFÍA	53
LEGISLACIÓN	54
JURISPRUDENCIA	55

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de los Tributos
DUDH	Declaración universal de los Derechos Humanos
E.T.	Estatuto de los Trabajadores
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto de Sociedades
ISD	Impuesto de Sucesiones y Donaciones
LC	Ley Concursal
LGT	Ley General Tributaria
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
RM	Registro Mercantil
S.A.	Sociedad Anónima
S.R.L	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene una labor de análisis e investigación acerca de la remuneración de los administradores societarios de las sociedades no cotizadas en los supuestos de delegación o con funciones ejecutivas.

Se trata de un tema controvertido y de bastante actualidad dado que, a pesar de los intentos de la última reforma por resolver todas las cuestiones problemáticas suscitadas en torno al tema, la jurisprudencia sigue teniendo que intervenir para zanjar muchos aspectos dudosos y de difícil interpretación.

El análisis, debido a la breve extensión del documento ha sido acotado desde dos perspectivas.

Por un lado, se ha optado por ceñirse al ámbito de las sociedades no cotizadas ya que, al tener un régimen menos estricto en materia de transparencia y control de las remuneraciones, es más habitual que surjan problemas o dudas cuando la remuneración no se prevé conforme a derecho.

Por otro lado, se ha limitado el análisis a los supuestos de administración societaria organizada en forma colegiada, es decir, en forma de Consejo de Administración, y más concretamente en los supuestos de consejeros delegados o con funciones ejecutivas.

La razón de ello es que, al exigirse la celebración de un contrato para el ejercicio de tales funciones, así como la intención que se desprende del legislador de diferenciar a este tipo de consejeros del resto de administradores (“en su condición de tales”), se desencadena un número mayor de conflictos y variantes que requieren de un mayor rigor interpretativo, así como la intervención de los tribunales.

Para ello se comenzará con un breve repaso de la regulación aplicable y notas esenciales de la remuneración común a todos los administradores, para pasar a analizar con mayor detalle el principal conflicto objeto del trabajo a través del repaso jurisprudencial y doctrinal más relevante.

Finalmente se comentará la incidencia de este asunto en otras esferas del derecho (constitucional, laboral, fiscal y concursal), poniendo de manifiesto su trascendencia y relevancia práctica.

2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE

Con la finalidad de lograr un primer entendimiento y aproximación a la problemática de la retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas en las sociedades de capital no cotizadas, conviene realizar un sucinto repaso de la legislación que ha resultado de aplicación a tal efecto.

Para ello se va a analizar aquellos preceptos legales que regulaban la remuneración de los administradores antes de 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, para posteriormente profundizar en la normativa actualmente vigente.

2.1. MARCO NORMATIVO ANTES DE LA REFORMA DEL 2014

Originariamente, la regulación relativa a las sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada (en adelante, S.A. y S.R.L respectivamente) estaba recogida en dos leyes especiales diferenciadas: la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL).

En 2010, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), se procede a refundir ambas leyes.

2.1.1. Regulación anterior al texto refundido de la LSC de 2010

En el caso de la S.A., la remuneración de los administradores en las S.A. venía regulada por el artículo 130 de la LSA¹, mientras que, en el caso de la S.L. resultaba de aplicación el artículo 66 de la LSRL².

¹ **Artículo 130 LSA. Retribución.**

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

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

² **Artículo 66 LSRL. Carácter gratuito del cargo.**

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

Como se observa en el extracto a pie de página, el artículo 130 LSA, está compuesto por dos párrafos, el primero deriva de la LSA de 1951, y en él ya se recogía el principio de reserva estatutaria para la retribución de los administradores societarios. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad (artículo 217 LSC), no existía la presunción de gratuidad del cargo.

El segundo párrafo fue incorporado por la disposición adicional decimonovena (dos) de la Ley 55/1999, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social³. Su incorporación respondía a la utilización abusiva de las remuneraciones por medio de opciones sobre acciones, y en él, únicamente se mencionaban dos modalidades o sistemas retributivos: la participación en los beneficios y la vinculada a las acciones de la sociedad, lo que actualmente se corresponde con los artículos 218 y 219 LSC, respectivamente.

Por su parte, la LSRL en su artículo 66 consagraba la presunción de gratuidad del cargo de administrador, así como el principio de reserva estatutaria para los casos en que se hubiera previsto remunerado.

La finalidad no era otra que proteger a los socios, pues así se recoge por la doctrina del TS en numerosas sentencias como la STS 441/2007, de 24 de abril⁴, que afirma que el principio de reserva estatutaria tiene por finalidad *"proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien por propia decisión"*; y la STS 448/2008, de 29 de mayo⁵, que justifica tal previsión en *"la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella"*.

Respecto a los sistemas retributivos, el artículo 66 se limitaba a desarrollar la modalidad de participación en los beneficios, de modo que, de tratarse de otro

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

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

³ SÁNCHEZ-CALERO, F. (2005): *Los administradores en las Sociedades de Capital*. Madrid, Thomson Civitas.

⁴ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 441/2007 de 24 de abril.

⁵ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 448/2008 de 29 de mayo.

sistema, la Junta General era competente para fijar anualmente la remuneración de los administradores.

Por último, cabe destacar que a pesar de que la normativa actual bebe de ambos artículos, se observa un mayor grado de similitud respecto a la regulación prevista para las S.R.L, aunque el artículo 66 LSRL no se preveía la lista *numerus apertus* de conceptos retributivos que actualmente brinda el precepto en vigor (art.217 LSC).

2.1.2. Regulación vigente durante el periodo 2010 a 2014

Tras la aprobación en 2010 del texto refundido que unifica ambas leyes (LSA y LSRL), la retribución de los administradores societarios pasa a ser regulada por los artículos 217 a 219 TRLSC, al igual que en la actualidad, pero con una redacción diferente.

El artículo 217 TRLSC⁶, en su primer apartado, recogía tres aspectos: la presunción de gratuidad del cargo de administrador; el principio de reserva estatutaria en caso de preverse remuneración; y la necesaria previsión en los estatutos sociales del sistema retributivo por el que se hubiera optado.

Con esta redacción se hace necesario, como hasta entonces ocurría en las S.R.L., romper con la presunción de gratuidad mediante previsión estatutaria que indicase no sólo que el cargo de administrador era remunerado, sino también el sistema retributivo aplicable.

Como ya venía ocurriendo en el caso de las S.R.L., el TS trata de clarificar en numerosas sentencias que el objetivo último de la presunción de gratuidad y el principio de reserva estatutaria no es otro que proteger a los socios, pues la retribución de los administradores es un aspecto sensible en el ámbito societario y con impacto en el potencial beneficio distribuible en forma de dividendos en los supuestos en los que la retribución se fije desproporcionadamente, sin considerar la situación o contexto que rodea a la sociedad.

⁶ **Artículo 217 TRLSC. Remuneración de los administradores.**

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

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

En este sentido cabe mencionar la STS 412/2013, de 18 de junio⁷, que recoge la doctrina expuesta en las SSTS 441/2007, de 24 de abril⁸, 448/2008, de 29 de mayo⁹ y 893/2012, de 19 de diciembre¹⁰, señalando que la exigencia de que el carácter retribuido del cargo de administrador, así como el sistema de retribución consten en los estatutos *“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 administradores en obtener la máxima retribución posible, los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles”*.

La misma sentencia apunta que este criterio legal, que busca que sean los socios mediante acuerdo adoptado en Junta General los que determinen el sistema retributivo de los administradores sociales, así como que estén suficientemente informados sobre las retribuciones y compensaciones percibidas por el administrador, *“se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en las que deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad”*.

2.2. MARCO NORMATIVO TRAS LA REFORMA DE LA LEY 31/2014

Con el objetivo de *“garantizar el buen gobierno de las empresas, con la intención de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas”*¹¹ surge por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, como expresa el apartado III del Preámbulo de la Ley 31/2014¹², una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo.

⁷ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 412/2013 de 18 de junio.

⁸ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 411/2007 de 24 de abril.

⁹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 448/2008 de 29 de mayo.

¹⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 893/2012 de 19 de diciembre.

¹¹ Uría Menéndez (2015): *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo; Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas*. Madrid, 3 de julio. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LSC.pdf?id=5846.

[Consulta: 2 de diciembre 2019].

¹² Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Boletín Oficial del Estado, 4 de diciembre de 2014, núm. 293, pp. 99793 a 99826.

De esta Comisión nace el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, que sirvió de soporte para la reforma operada por la Ley 31/2014, que modificó la LSC.

2.2.1. Motivos de la reforma

Entre las razones motivadoras de la reforma, las que atañen a la política retributiva de los administradores son las siguientes:

En primer lugar, como consecuencia de la crisis económica y financiera del 2007, se puso de manifiesto la ineficacia de la regulación vigente en aquella época dado que sociedades con problemas de salud financiera se veían compelidas a satisfacer retribuciones desproporcionadas de los órganos de gestión de la sociedad.

Esta problemática no sólo tuvo lugar en España sino en muchos otros países europeos, surgiendo respuestas a nivel comunitario como la Recomendación 2009/385/CE sobre el régimen de retribución adecuado para los consejeros de sociedades cotizadas¹³.

Es así como la regulación sobre el funcionamiento de los órganos de gestión de las sociedades tomó gran importancia al considerarse parte fundamental de un buen gobierno corporativo, extendiéndose el interés por el mismo de las sociedades cotizadas a las no cotizadas, con el objetivo de *“facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios”*¹⁴.

Como expresó la Comisión de Expertos, la preocupación por la política de retribuciones alcanzaba los siguientes aspectos: *“(i) su transparencia; (ii) su adecuación a las prácticas y cuantías de mercado; y (iii) el procedimiento para su aprobación”*¹⁵.

¹³ Recomendación 2009/385/CE de 30 de abril de 2009, sobre promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas.

¹⁴ OCDE (2016): *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Éditions OCDE, Paris. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es> [Consulta: 2 de diciembre 2019].

¹⁵ Uría Menéndez (2015): *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo; Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas*. Madrid, 3 de julio. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LSC.pdf?id=5846. [Consulta: 2 de diciembre 2019].

2.2.2. Marco normativo actual vigente

Tras la reforma de 2014, se regulan tres títulos remuneratorios conceptualmente diferenciables: el artículo 217 de la LSC; el artículo 249 LSC, y los artículos 529 *sexdecies* y siguientes de la LSC para el caso de las sociedades cotizadas.

El alcance y compatibilidad de estos preceptos son objeto de debate, y según la interpretación excluyente o acumulativa de los dos primeros, en su conjunto o en virtud de sus diferentes apartados, se estará a favor de una postura doctrinal distinta.

En los capítulos siguientes se recopilarán y analizarán las interpretaciones más representativas de las distintas tesis, pero antes de ello conviene exponer el contenido esencial de los preceptos reguladores.

En primer lugar, el artículo 217 LSC, en su primer apartado vuelve a recoger la presunción de gratuidad del cargo de administrador. Tal presunción es de carácter *iuris tantum*, de modo que admite prueba en contrario mediante previsión estatutaria de la onerosidad del cargo, indicando el sistema de remuneración a percibir por el administrador.

Igualmente se vuelve a reforzar la idea de protección de los socios al exigirse previsión estatutaria respecto al carácter remunerado del cargo.

Esta idea sigue latente en sentencias recientes como la STS 505/2017, de 19 septiembre¹⁶, (mencionada en otras aún más recientes como la SAP - A Coruña 139/2019, de 4 de abril¹⁷), en la que se recuerda que el principio de reserva estatutaria tiene por finalidad *“facilitar su conocimiento (el del sistema retributivo) por los socios y los terceros y ofrecer indirectamente protección a los socios minoritarios”*.

Por su parte, el segundo apartado exige que el sistema de remuneración indique los conceptos retributivos a percibir por los administradores “en su condición de tales”, incluyendo, a título meramente enunciativo, una lista *numerus apertus* de siete sistemas retributivos en las letras de la a) a la g): una asignación fija; dietas de asistencia; participación en beneficios; retribución variable con indicadores o

¹⁶ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 505/2017 de 19 de septiembre.

¹⁷ Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4ª). Sentencia núm. 139/2019 de 4 de abril.

parámetros generales de referencia; remuneración en acciones o vinculada a su evolución; indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

De estos siete modelos retributivos, únicamente el sistema de remuneración mediante participación en beneficios y vinculada a las acciones de la sociedad se encuentran desarrollados en la LSC a través de los artículos 218 y 219 LSC, respectivamente.

Cabe llamar la atención sobre la falta de previsión del sistema retributivo en especie, ya que suele ocupar un porcentaje importante en la remuneración total a percibir en los cargos de este tipo. Sin embargo, no hay que olvidar que la lista es abierta, y que la remuneración por tanto puede consistir en todo aquello que sea lícito y plasmable en los estatutos sociales.

En el tercer apartado se establece la regulación de las competencias en materia de fijación del sistema de retributivo, así como de la distribución del importe de remuneración entre los administradores.

A diferencia del régimen anterior, el cual adolecía de previsión al respecto de la S.A. sobre el órgano competente para establecer las retribuciones de los administradores, así como sobre la capacidad de decisión de los accionistas, ahora se exige que la Junta General apruebe la cuantía máxima de la remuneración anual del conjunto de administradores. Dicho importe permanecerá vigente en cuanto no sea modificado por aprobación de la Junta. (art.217.3 LSC).

Además, salvo que la Junta determine otra cosa, la distribución del importe de remuneración entre los distintos administradores se producirá de común acuerdo por los mismos, y en el caso de organización en forma de Consejo, por decisión del este, debiéndose tomar en consideración las funciones y responsabilidades encomendadas a cada consejero.

Finalmente, el último apartado trata de vincular la remuneración de los administradores con el contexto o situación que envuelva a la sociedad. Por ello establece que la remuneración *“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”.

Además, se precisa que el sistema de remuneración debe *“promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”* (art.217.4 LSC).

Esta última previsión, no es más que un “conjunto de criterios indeterminados de incierto contenido jurídico”, que en los casos más extremos podrían servir para “impugnar remuneraciones desproporcionadas o abusivas en relación con la situación económica de la sociedad, o con la propia participación en beneficios que haya podido corresponder a los socios” (García de Enterría, 2015: 53)¹⁸.

En ella observa la influencia del principio veinticinco del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (CNMV), así como de las distintas recomendaciones europeas en materia de buen gobierno corporativo¹⁹.

Por otro lado, debe ser analizado el artículo 249 LSC dado que con la nueva redacción del artículo 217 LSC tras la reforma, que hace alusión a la remuneración de los administradores “en su condición de tales”, surge la duda sobre el objeto y alcance que el legislador trata de otorgar, en atención a las funciones de administradores y consejeros ejecutivos.

Este artículo (art.249 LSC) regula la remuneración de los consejeros con delegación de funciones ejecutivas, distintas a las que puedan percibir por su condición de administradores, y cuya determinación corresponde al consejo de administración.

Con anterioridad a la reforma ya se preveía la posibilidad de delegación de facultades ejecutivas en el Consejo de Administración con los requisitos de obtención del voto favorable de dos tercios de los miembros del consejo y la

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, F. (2015): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo*, Navarra, Thomson Reuters (Aranzadi).

¹⁹ **Principio 25 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas:** *“La remuneración del consejo de administración será la adecuada para atraer y retener a los consejeros del perfil deseado y retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que exija el cargo, pero sin comprometer la independencia de criterio de los consejeros no ejecutivos, con la intención de promover la consecución del interés social, incorporando los mecanismos precisos para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.*

posterior inscripción en el Registro Mercantil, siempre que aparezca prohibido expresamente por los estatutos sociales.

Sin embargo, dada la trascendencia de esta remuneración, así como los posibles conflictos de intereses que puede generar, la reforma de 2014 ha introducido un conjunto de cautelas por medio del apartado tercero del artículo 249 LSC.

Estas cautelas se refieren a la exigencia de que se firme un contrato entre la sociedad y el consejero al que se han delegado funciones ejecutivas, que se adjuntará al acta de la sesión, y que debe ser refrendado por el voto favorable de dos tercios de los miembros del Consejo, sin asistencia ni intervención del consejero afectado.

Es en este contrato en el que se, según el apartado cuarto del citado artículo (art. 249 LSC), se deben detallar *“los conceptos retributivos por los que el consejero pueda ser retribuido por el desempeño de sus funciones ejecutivas”*, sin posibilidad de que pueda ser remunerado por otro concepto no incluido en el contrato. Además, se incide en que la retribución plasmada en el contrato debe ser conforme con aquella aprobada por la Junta General.

Como consecuencia de esta modificación surge la duda acerca de si la fijación de la retribución de los consejeros a los que se les ha delegado funciones ejecutivas debe constar en los estatutos sociales. A pesar de que la figura del administrador y el consejero ejecutivo se planteen de un modo diferenciado, no puede interpretarse la voluntad del legislador la aplicación acumulativa o alternativa de los artículos 217 y 249 LSC, surgiendo un conflicto doctrinal alrededor de tal cuestión que tratará de ser abordado con este trabajo.

Por último, cabe destacar el régimen totalmente opuesto de las sociedades cotizadas, en las cuales, según el artículo 529 *sexdecies* LSC, el cargo de administrador tiene que ser necesariamente remunerado, salvo disposición contraria en los estatutos²⁰.

²⁰ **Artículo 529 sexdecies. Carácter necesariamente remunerado.**

“Salvo disposición contraria de los estatutos, el cargo de consejero de sociedad cotizada será necesariamente retribuido.”

Esta previsión se justifica por la “especial responsabilidad y dedicación que se exige a los consejeros de las sociedades cotizadas, así como la práctica general en este tipo de sociedades” (García de Enterría, 2015: 55)²¹.

Sin embargo, la política de remuneración de los consejeros cuya aprobación es competencia de la junta general, debe ajustarse al “*sistema de remuneración previsto estatutariamente*” (arts. 529 *septdecies*, apartado 1 y 529 *novodecies* LSC).

Esto supone que, con independencia del carácter retribuido del cargo, los conceptos retributivos a percibir por los administradores deban venir determinados por los estatutos sociales, reforzándose así la transparencia y protección de los socios.

Para finalizar este capítulo, sería interesante tratar de incluir en la ecuación el artículo 220 LSC, ya que, a pesar de no tratar expresamente sobre la retribución de los administradores, va a ser parte relevante del conflicto legislativo y doctrinal que se pretende analizar con este trabajo, y que se detallará más adelante. El citado precepto dispone que “*en la S.R.L. el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general*”²².

En este contrato de prestación de servicios o de obra, el administrador actúa en su propio nombre e interés, tratándose de transacciones entre la sociedad y el administrador sujetas al deber de lealtad del administrador previsto en los artículos 227 a 232 LSC.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, F. (2015): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo*, Navarra, Thomson Reuters (Aranzadi).

²² Artículo 220 LSC sobre la prestación de servicios de los administradores.

3. CARACTERES DE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Tras el análisis evolutivo de la normativa reguladora de la remuneración del cargo de administrador cabe desarrollar de un modo más exhaustivo las notas esenciales de la remuneración.

La remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas, en concreto, de la S.A. y S.L., dado que este es el ámbito de estudio del presente trabajo, se fundamenta en las siguientes notas características:

3.1. PRESUNCIÓN DE GRATUIDAD DEL CARGO

A diferencia de lo que ocurre con las sociedades cotizadas, en las que el cargo de administrador se presume remunerado, la presunción para las S.A. y las S.L. no cotizadas es totalmente opuesta: presunción de gratuidad salvo disposición contraria en los estatutos, indicando el sistema de remuneración²³.

De este modo se puede inferir que la previsión estatutaria sobre la remuneración del cargo de administrador es de carácter potestativo y no necesario, pues en caso de omitirse cualquier alusión sobre el carácter remunerado del cargo, este se presumirá siempre gratuito.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que el carácter gratuito del cargo de administrador debe ser excepcional. En palabras de SANJUAN MUÑOZ (2008) “la complejidad del cargo, las características modernas de la sociedad y la profesionalidad predicada y exigida a los administradores determinan que la gratuidad sea en realidad una decisión legal pero un supuesto excepcional”²⁴.

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO (2007) hace crítica de la presunción de gratuidad del cargo de administrador debido al mayor grado de diligencia, fidelidad y responsabilidad exigible al administrador en el cumplimiento de sus

²³ El cargo de administrador en las sociedades cotizadas “*será necesariamente retribuido*”, salvo disposición contraria en los estatutos (art. 529 *sexdecies* LSC).

²⁴ SANJUÁN Y MUÑOZ, E (2008): “*La retribución de los administradores de las sociedades*”, en R., GIMENO-BAYÓN COBOS y L., GARRIDO ESPA, *Órganos de la sociedad de capital*, Tirant lo Blanch, pág.826.

obligaciones y deberes, considerando que la gratuidad se deba tener solo en cuenta con carácter excepcional²⁵.

De igual modo, GALLEGO SÁNCHEZ (2011) considera la gratuidad como “una opción legal nada razonable, más bien deberá ser una excepción, siendo lo habitual que el cargo sea retribuido”²⁶.

En este contexto, la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante DGRN) también ha interpretado, en sus múltiples resoluciones, el concepto y alcance de la presunción de gratuidad del cargo de administrador, destacando la resolución de 7 de marzo de 2013 que relata los requisitos que deben cumplir los distintos artículos que fijan la retribución de los administradores en los estatutos sociales para que puedan ser inscribibles en el Registro Mercantil (en adelante RM). Los criterios son:

- “Debe quedar meridianamente claro que el cargo de administrador es retribuido;
- Debe constar el concreto sistema de retribución señalando por vía de ejemplo: (i) una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, (ii) dietas, (iii) un sueldo mensual o anual, (iv) en seguros de vida o planes de pensiones, (v) utilización en beneficio propio de bienes sociales, (vi) en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o (vii) cualquier otro sistema que se desee establecer; y
- Los estatutos sociales pueden establecer varios sistemas, pero siempre de forma cumulativa y no alternativa”²⁷.

Sin embargo, la presunción de gratuidad del cargo de administrador sólo imposibilita que el administrador perciba una remuneración en “su condición de tal”, siendo posible la obtención de percepciones dinerarias por otro tipo de relaciones jurídicas con la sociedad, distintas de las inherentes al ejercicio del cargo (gestión y representación social).

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. (2007): *Los administradores en las sociedades de capital*, 2º edición, Civitas. Pág.266

²⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2011): “*Remuneración de los administradores (art.217)*”, en ROJO-BELTRÁN, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Tomo I). Navarra, Civitas. Pág. 1546.

²⁷ DGRN. Resolución de 7 de marzo de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles II de Valencia, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad. Boletín Oficial del Estado, 11 de abril de 2013, núm. 87, págs. 27075 a 27077.

Como se detallará más adelante, a modo de adelanto del núcleo del conflicto que se pretende analizar con el presente trabajo, cabe mencionar que la percepción por parte de los administradores de otras retribuciones al margen de las propias del cargo de administrador, es decir, la admisión de la dualidad retributiva (estatutaria y contractual), exige la concurrencia de un *“elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa, que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria”*²⁸.

3.2. LIBERTAD PARA FIJAR EL SISTEMA DE REMUNERACIÓN

A pesar de que el apartado segundo del artículo 217 LSC prevé una lista abierta de siete sistemas de remuneración posibles (letras de la a) a la g)), la propia redacción del precepto, al indicar *“podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes”* da a entender que la sociedad, sobre la base del principio de libertad empresarial, goza de libertad a la hora de fijar en los estatutos el sistema retributivo que se estime conveniente.

De este modo cabe inferir que la norma no impone un sistema de remuneración concreto, sino que cabe la posibilidad de que éste consista en una cantidad fija, variable o un sistema mixto.

Esta amplia libertad se observa en pronunciamientos del TS, destacando la STS 180/2015 de 9 de abril, según la cual, haciendo alusión a la necesaria previsión estatutaria del sistema de remuneración, considera que el *“sistema de retribución puede entenderse el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución, concediendo la LSC un amplio margen de libertad para fijar en los estatutos dicho sistema y que a pesar de expresarse la norma reglamentaria en singular, nada se opone para que el sistema revista una cierta complejidad o sistemas mixtos”*²⁹.

La mencionada sentencia sigue el mismo criterio que la Sala Primera ya había consagrado en numerosas sentencias anteriores como la STS 25/2012 de 10 de

²⁸ Así lo detalla la STS 708/2015, de 17 de diciembre, mencionada en sentencias más recientes como la SAP - Las Palmas 980/2019, de 25 de junio.

²⁹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 180/2015 de 9 de abril.

febrero³⁰ y la STS 708/2015, de 17 de diciembre³¹, la cual que se remite a la STS 441/2007, de 24 de abril³². En ambos casos, se termina por concluir que *“los redactores de los estatutos gozan de una amplia libertad en la elección del sistema retributivo del administrador social (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas, etc.)”*.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe atender a ciertas limitaciones respecto de la amplia libertad de la que gozan las sociedades a la hora de elegir el sistema retributivo. Estos límites son: el importe de retribución máximo anual que la junta general haya aprobado para el conjunto de los administradores, el cual se mantendrá mientras la propia junta no lo modifique (art. 217 LSC, apartado tercero); la proporcionalidad y adecuación de la remuneración a las circunstancias y contexto que rodea a la empresa; y búsqueda de rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad.

Por su parte, la DGRN, a pesar de la amplia libertad consagrada en la LSC, aplica criterios restrictivos a la hora de permitir fijar en los estatutos sociales el sistema de remuneración de los administradores. De este modo, en numerosas resoluciones se ha puesto de manifiesto su oposición a que ciertas cláusulas estatutarias pudieran inscribirse en el RM, por considerar que conculcan las disposiciones legales en materia de remuneración de administradores.

Esto ocurre en los supuestos de:

- Indeterminación respecto a si los administradores serían retribuidos o no, así como el concreto sistema de retribución a aplicar, quedando tal decisión a elección de la junta general.
- Previsión estatutaria de múltiples sistemas retributivos, quedando a decisión de la junta general su aplicación cumulativa.
- Previsión de gratuidad del cargo de administrador en los estatutos, dejando abierta la posibilidad de que la junta general pueda acordar retribuciones.

³⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 25/2012 de 10 de febrero.

³¹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 708/2015 de 17 de diciembre.

³² Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 441/2007 de 24 de abril.

En definitiva, aunque existe una amplia libertad para reflejar en los estatutos sociales los distintos sistemas de remuneración, las limitaciones no tienen otra finalidad que garantizar que la decisión acerca del sistema retributivo sea tomada sobre la base de la moderación, la prudencia y la transparencia.

3.3. PRINCIPIO DE RESERVA ESTATUTARIA

El principio de reserva estatutaria hace alusión a la exigencia legal por la cual, para que el administrador societario pueda percibir válidamente una retribución por el desempeño de su cargo, debe existir en los estatutos sociales una previsión clara y precisa acerca del carácter remunerado del cargo, así como el sistema de remuneración concreto, de modo que la falta de previsión al respecto supone que el cargo se presuma gratuito.

La reserva estatutaria tiene por finalidad la protección de los socios, y en especial de los minoritarios, dado el carácter público de los estatutos, que juega a favor de la transparencia.

Sin embargo, existen dudas sobre el nivel de exhaustividad o concreción al momento de plasmar el carácter y sistema de remuneración en los estatutos dado que no existe una determinación clara sobre la posibilidad de establecer sistemas alternativos, acumulativos o incluso subsidiarios.

En este sentido, el TS se ha pronunciado sobre el alcance de la reserva estatutaria en algunas sentencias como la STS 180/2015, de 9 de abril³³ y la STS 505/2017, de 19 de septiembre³⁴ dando a entender que dicha reserva estatutaria *“debe ser interpretada de un modo no excesivamente rígido, bastando con que el sistema de remuneración esté definido en los estatutos de forma clara e inequívoca”*.

Del mismo modo, la DGRN ha ratificado en su resolución de 17 de junio de 2014, siguiendo el criterio ya manifestado en otras resoluciones como la de 16 de febrero de 2013 y la de 12 de noviembre de 2003, que *“el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo*

³³ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 180/2015 de 9 de abril.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 505/2017 de 19 de septiembre.

*mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer*³⁵.

Además, la misma resolución, citando la resolución de 16 de febrero de 2013 hace hincapié en la imposibilidad de establecer cláusulas estatutarias que habiliten a la junta general para elegir entre los distintos sistemas de remuneración: *“en ningún caso puede quedar a la voluntad de la junta general la elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos, pero no alternativos*³⁶.

Por tanto, respecto a la posibilidad de fijar sistemas alternativos, acumulativos o subsidiarios, es factible establecer sistemas alternativos, siempre que la elección derive de una decisión objetiva como, por ejemplo: “se seleccionará aquella retribución que resulte de mayor cuantía para el año concreto, de entre todas las previstas”.

Del mismo modo cabe la fijación de sistemas acumulativos como puede ser una remuneración fija y otra variable en función del cumplimiento de unos objetivos predeterminados en los propios estatutos.

Incluso, caben sistemas de retribución subsidiarios cuando no vayan en contra de la claridad y la transparencia.

Finalmente cabe destacar el carácter “cualitativo” de la previsión estatutaria que recoge el sistema retributivo dado que la norma reguladora no exige que la determinación sea de tal alcance que haya que establecer una determinada cuantía.

Es cierto que, en un momento anterior, este aspecto dio lugar, a raíz de la STS 7057/2008 de 13 de noviembre³⁷, popularmente conocida como la Sentencia del

³⁵ DGRN. Resolución de 17 de junio de 2014, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIX de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad. Boletín Oficial del Estado, 29 de julio de 2014, núm. 183, págs. 60234 a 60236.

³⁶ DGRN. Resolución de 16 de febrero de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Madrid a la inscripción de una escritura de modificación de estatutos de la sociedad recurrente. Boletín Oficial del Estado, 19 de marzo de 2013, núm. 67, págs. 21987 a 21993.

³⁷ Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso). Sentencia núm. 7057/2008 de 13 de noviembre. La Sentencia es conocida popularmente como “Caso Mahou” ha sido adoptada como criterio doctrinal en relación con el principio de reserva estatutaria con certeza milimétrica y en materia de deducibilidad fiscal de las retribuciones de los administradores societarios.

Caso Mahou, a la denominada por PAZ-ARES (2009)³⁸ como la “doctrina del milímetro”, según la cual era necesario concretar estatutariamente la cuantía exacta (milimétrica) de la retribución para que el gasto contable pudiera ser deducible del Impuesto de Sociedades (en adelante IS).

Sin embargo, hoy en día, esta doctrina está superada, siendo suficiente que el sistema retributivo esté previsto de un modo claro y preciso, sin dar lugar a ningún género de duda.

³⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2009): “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, mayo, (núm. 2). Págs. 4 a 9. Disponible en: www.indret.com [Consulta: 2 de diciembre 2019].

4. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Tras el repaso de la normativa de aplicación, así como las notas esenciales de la retribución de los administradores sociales, resulta conveniente pasar a analizar de un modo simultáneo la evolución jurisprudencial y los conceptos más controvertidos relacionados con la configuración de la remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas.

La importancia de este análisis no es otra que conocer las aclaraciones y puntualizaciones que se han ido introduciendo por parte de los tribunales ante la falta de unanimidad interpretativa, así como las distintas controversias generadas alrededor de la materia.

En concreto, la problemática se centra en: i) el *quantum* de la remuneración y su transparencia; ii) la compatibilidad o incompatibilidad de la relación orgánica con otro tipo de relaciones, así como la naturaleza del contrato en el caso de que éste se celebre entre el administrador delegado y la sociedad; iii) el título retributivo mediante el cual se puede remunerar al administrador, y su compatibilidad con la previsión estatutaria³⁹.

Para ello se toman como punto de partida los antecedentes jurisprudenciales enmarcados en el plano de la jurisdicción social, para pasar a analizar detalladamente la consolidada “doctrina del vínculo”, así como por último desarrollar los efectos de la reforma de la LSC en plano jurisprudencial y las interpretaciones más actuales de los tribunales en materia de retribución de administradores.

Todo ello, a la vez que se tratará de desarrollar aquellos conceptos que, a pesar de las sucesivas modificaciones, siguen constituyendo “ángulos muertos” que no siempre pueden ser solventados mediante la interpretación jurídica y la práctica registral.

³⁹ ARROYO APARICIO, A. (2018): *Retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas en los supuestos de delegación o con funciones ejecutivas*, en J.A., GARCÍA-CRUCES, *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, Págs. 202 a 236.

4.1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, y durante todo el periodo de vigencia de la LSA y LSRL, existieron diversas tesis acerca del régimen legal aplicable a la remuneración de los administradores, y más concretamente respecto al sistema retributivo de los consejeros delegados o ejecutivos en los casos en los que la sociedad tuviera un órgano de administración estructurado como Consejo de administración.

La primera de ellas, conocida como tesis de compatibilidad, admitía en un principio, a pesar de que ya existía la premisa de que la retribución de los administradores debía contar con su correspondiente previsión estatutaria, la posibilidad de que un consejero ejecutivo pudiera percibir una remuneración adicional a la recogida en los estatutos, a través de un contrato paralelo celebrado entre el consejero y el propio consejo de administración, que tenía como objeto vincular al administrador con la sociedad más allá del vínculo derivado de su relación orgánica, así como fijar la retribución del administrador por el ejercicio de las funciones propias del cargo (MARTÍN ARESTI, 2019)⁴⁰.

Esta tesis parte de la distinción entre las funciones de “*gestión de la sociedad*” y “*gestión de la empresa*”. En palabras de PAZ-ARES (2008), la gestión de la sociedad es una función inherente al cargo de administrador, cuya retribución estaría sujeta al artículo 130 LSA, vigente en aquel momento. Sin embargo, la tarea de gestión de la empresa se considera inherente al cargo de gerente, y su retribución podría ser fijada con base en el principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 C.C.⁴¹

Es por ello por lo que era posible que sobre una misma persona recayeran ambas funciones, y por tanto existieran dos relaciones con la sociedad, así como dos retribuciones paralelas: la de administrador (si así constaba en los estatutos) y la de consejero ejecutivo, de carácter contractual⁴².

⁴⁰ MARTÍN ARESTI, P. (2019): “*Prestación de servicios o de obra del administrador y deber de lealtad (art.220 LSC)*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 69.

⁴¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2008): “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, enero (núm. 1), Pág. 11. Disponible en: www.indret.com [Consulta: 2 de diciembre 2019].

⁴² Esta misma situación tuvo lugar en el supuesto resuelto por la reciente ST del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 31 de enero de 2018, ya que los administradores, además de la cantidad fijada por la junta

Más tarde, los tribunales comenzaron a replantearse esta tesis, pues era complicado realizar una distinción práctica y conceptual entre gestión societaria y gestión empresarial en caso de recaer ambas funciones sobre una misma persona, y la posibilidad de celebrar contratos paralelos constituía un *“instrumento de fraude o fuga del derecho de sociedades”* cuya finalidad era eludir el control que supone el principio de reserva estatutaria y la exigencia de aprobación por parte de la junta general (PAZ-ARES, 2008).

Cabe poner de relieve que esta jurisprudencia emanaba del orden laboral, cuando el contrato paralelo que recibía denominaciones muy diversas (contrato de dirección de empresa, contrato de gerencia, contrato de dirección etc.), deja de configurarse como un contrato de arrendamiento civil para pasar configurarse como un contrato laboral de alta dirección, a raíz de la promulgación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante RD 1382/1985).

Para evitar la problemática mencionada, se instaló entre la doctrina, aún en sede social, la denominada “Teoría del vínculo”, desechándose cualquier tesis de compatibilidad entre ambas relaciones.

4.2. LA TEORÍA DEL VÍNCULO: origen y fundamento.

Debido a la gran importancia que tiene la denominada “Teoría del vínculo” (en adelante, la “teoría”) en materia de retribución de los administradores, antes de continuar, cabe dedicar un subcapítulo completo a su fundamento, tratamiento y análisis.

La “Teoría del vínculo” implica que la relación societaria entre un administrador y la sociedad absorba cualquier otro tipo de relación contractual por la que se atribuya al administrador funciones ejecutivas, es decir, sólo sería posible la existencia de un título retributivo, debiéndose someter la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos a las previsiones del régimen general en materia de retribución de los administradores.

general anualmente, percibían otras cantidades por los servicios prestados a la sociedad que realmente eran funciones propias del cargo de administrador.

La sentencia que sienta las bases de esta famosa doctrina es la conocida como “Caso Huarte” (STS de 29 de septiembre de 1988)⁴³, matizada y confirmada por sentencias posteriores como las SSTs de 3 de junio de 1991⁴⁴ y 27 de enero de 1992⁴⁵.

La mencionada sentencia surge a raíz de un intento por simultanear el cargo de consejero delegado y director general, argumentando que junto con el desempeño de la administración de la sociedad existía una relación interna de alta dirección.

Esta “teoría” parte de la interpretación extensiva el artículo 1.3.c) E.T.⁴⁶, negando la existencia de carácter laboral en las relaciones de los consejeros que yuxtaponían su relación orgánica con una relación laboral de alta dirección, pero sí admitiendo la compatibilidad en caso de vínculo laboral común, cuando se acreditase la verdadera situación de ajenidad y dependencia⁴⁷.

Tomando como punto de inicio las funciones inherentes al cargo de administrador, entre las que se incluyen tanto las de deliberación, supervisión y control, como las funciones ejecutivas más estrechamente relacionadas con la gestión, la coincidencia o equivalencia entre las funciones propias del alto directivo definidas en el artículo 1.2 del RD 1382/1985 (“ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa”)⁴⁸, y las funciones propias del cargo de administrador, obliga a optar por uno u otro título jurídico, y la decisión, en palabras de PAZ-ARES (2008), *ha de tomarse en atención a la naturaleza del vínculo*.

⁴³ Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia de 29 de septiembre de 1988.

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 386/1991 3 de junio.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia de 27 de enero de 1992.

⁴⁶ **Artículo 1 E.T. Ámbito de aplicación.**

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

⁴⁷ El Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 2002 estableció que, en relación con la aplicación de la teoría del vínculo, como regla general, *“sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral”.*

⁴⁸ **Artículo 1.2 Real Decreto Ley 1382/2015, de 1 de agosto.**

“2. Se considera personal de alta dirección A aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Así lo establecen las sentencias anteriormente mencionadas, como es el caso de la STS 386/1991, de 3 de junio, según la cual, *“las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley”,* y por tanto, es claro que, *“esas facultades corresponden a la propia compañía mercantil, pues son inherentes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte íntegramente de la sociedad, de tal modo que la actuación de estos órganos, es decir de las personas naturales que los componen es en definitiva la actuación de la propia sociedad. De ahí que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, están unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral”*⁴⁹.

En definitiva, la “teoría del vínculo” supone decidir sobre la laboralidad de la relación tomando en consideración la naturaleza del vínculo, mercantil o laboral, así como la posición dentro de la organización de la persona que ejerce las funciones, no pudiendo en ningún caso atenderse al único contenido de la actividad.

De este modo, la relación orgánica por integración dentro del órgano de administración no podría considerarse nunca de carácter laboral, dado que la relación societaria prevalece, absorbe, suspende o deja sin efecto a la relación laboral.

4.3. TRASLADO AL ÁMBITO MERCANTIL

La reacción ante la aplicación de la “Teoría del vínculo” en el ámbito laboral consistió en formalizar los contratos celebrados entre los consejeros ejecutivos y la sociedad como contratos de arrendamiento civil, al igual que ocurría originariamente, en vez de configurarlos como contratos laborales de alta dirección.

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 386/1991 3 de junio.

Este traslado supuso introducir de nuevo la controversia en el ámbito mercantil, dentro de la jurisdicción civil. Sin embargo, no se tardó en rechazar la viabilidad del doble título jurídico (societario y contractual) para regular la misma función por suponer una vulneración del principio de reserva estatutaria (ya desarrollado en el capítulo 3), y contribuir a remunerar ilícitamente a los administradores.

El único matiz que ahora se debe tener en cuenta es que, esta vez, la prevalencia de la relación societaria sobre la relación contractual no se debe a la previsión del artículo 1.3.c) E.T. anteriormente mencionado, según el cual, el cargo de administrador queda excluido del ámbito laboral, sino que tal prevalencia tiene su razón de ser en la imposibilidad de vaciar de contenido el propio artículo 217 LSC (antes de 2010, los artículos 130 LSA y 66 LSRL) que exige la fijación estatutaria del carácter retribuido del cargo, así como el sistema de retribución, no pudiéndose burlar su contenido mediante la celebración de un contrato yuxtapuesto de arrendamiento de servicios que recoja una remuneración adicional a la contractual y esté aprobada por el propio órgano de administración (PAZ-ARES, 2008)⁵⁰.

En definitiva, la doctrina del vínculo que pasó a instalarse de igual modo en el ámbito civil y mercantil, contagiando incluso la práctica registral, implica que los consejeros ejecutivos, en su condición de administradores, sólo puedan recibir la remuneración prevista estatutariamente y aprobada por la junta general, siendo nula y de obligada devolución toda aquella retribución obtenida al amparo de un contrato yuxtapuesto.

Así se ha ido aplicando en las últimas décadas, destacando pronunciamientos como las STS 249/2005 de 21 de abril, en virtud de la cual, se niega al consejero delegado de una sociedad la posibilidad de reclamar una indemnización por cese prevista en un contrato de alta dirección anterior a la relación mercantil que unía al consejero con la sociedad. La sentencia establece que en los supuestos en los que *“los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho,*

⁵⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2008): “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, InDret - *Revista para el análisis del Derecho*, enero (núm. 1), Pág. 15. Disponible en: www.indret.com [Consulta: 2 de diciembre 2019].

debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles”⁵¹.

En sentido negativo, la STS 441/2007 de 24 de abril consideró legítima la indemnización prevista por la terminación unilateral por parte de la sociedad en un contrato de alta dirección que atribuía funciones de “alta dirección y gestión”. El tribunal consideró que el alto directivo que ostentaba la condición de administrador no estaba sometido a las exigencias del artículo 130 LSA (vigente anteriormente), aplicable sólo a la retribución del cargo de administrador, siendo necesario para la aplicación del mencionado precepto que *“las facultades y funciones que fueron atribuidas por vía contractual rebasaran las propias de los administradores”⁵².*

Sin embargo, son destacables de igual modo las matizaciones que los tribunales civiles han ido realizado respecto a la teoría del vínculo.

Una de las sentencias más controvertidas fue la STS de 9 de mayo de 2001⁵³, conocida como “Caso Mattel”, en la cual la controversia giraba en torno a un consejero delegado de un grupo multinacional encargado de dirigir la filial española. Se había previsto una indemnización por cese no voluntario, pero en este caso, no se había celebrado un contrato laboral de alta dirección, sino un contrato de arrendamiento de servicios.

La sentencia dio un giro absoluto a la doctrina al admitir la concurrencia de ambos vínculos (contractual civil y societario). Sin embargo, esta interpretación no duró mucho, inclinándose de nuevo hacia la interpretación inicial con base en la imposibilidad de vaciar de contenido el mandato del artículo 130 LSA (actual artículo 217 LSC) mediante la regulación de las tareas propias de los administradores a través de contratos laborales o de arrendamiento de servicios que burlasen el principio de reserva estatutaria y la necesidad de aprobación por la junta general.

⁵¹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 249/2005 de 21 de abril.

⁵² Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 441/2007 de 24 de abril.

⁵³ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 9 de mayo de 2001.

Otras sentencias como la STS de 31 de octubre de 2007⁵⁴, tratan de clarificar que el artículo 130 LSA (art. 217 LSC en la actualidad) no impide la remuneración de los consejeros, sino que exige que esta aparezca reflejada en los estatutos, pues atendiendo a la finalidad de la norma, el objetivo último es que los accionistas tengan suficiente conocimiento sobre la remuneración a abonar a los administradores, y con la exigencia de previsión estatutaria, tal objetivo se cumple.

Por último, respecto a los conflictos societarios generados en el seno de sociedades pequeñas y cerradas, debe ponerse de manifiesto el criterio flexibilizador que se observa por parte de los tribunales, destacando sentencias como la STS 448/2008 de 29 de mayo⁵⁵, en la que se plasma el intento de un accionista de una S.L. de reclamar al administrador la reintegración de las retribuciones percibidas por el desempeño de su cargo durante todos los años en los que la relación con la sociedad se mantuvo formalizada mediante un contrato laboral de alta dirección.

Fue muy llamativo que el administrador fuese condenado a la devolución tanto en primera instancia como en apelación, mientras que el TS considerase poco factible que, en una sociedad pequeña y cerrada con dos únicos accionistas, el primer accionista fuese un total desconocedor de los detalles relativos a la gestión social encomendada al segundo accionista, entre ellos, los detalles relativos a la política de retribuciones, destacando además la tolerancia del primer accionista, el demandante, a la remuneración recibida por el administrador como gerente durante varios ejercicios consecutivos.

4.4. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL TRAS LA REFORMA DEL 2014

Como se ha ido comentando a lo largo de este trabajo, la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014 supuso la introducción de novedades respecto al sistema retributivo de los administradores sociales, especialmente en el caso de consejeros delegados o con funciones ejecutivas.

⁵⁴ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 31 de octubre de 2007.

⁵⁵ España. Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 448/2008 de 29 de mayo.

Con el objetivo de que la remuneración no excediera de lo necesario para atraer a personas competentes, estuviese ligada a los rendimientos individuales y de la compañía y fuese conocida para facilitar el escrutinio público, la citada Ley introdujo medidas para reforzar la competencia de la junta, y sobre todo, paliar la falta de concordancia entre la aplicación de la teoría del vínculo por parte de los tribunales y la verdadera práctica societaria, reticente a abandonar la idea de que la retribución de los consejeros que ejercen funciones ejecutivas debiera articularse a través de un contrato yuxtapuesto a la previsión estatutaria.

Por esta razón surge una nueva redacción de los artículos 217 y 249 LSC, destacando la exigencia consagrada en este último, según el cual, es precisa la celebración de un contrato (no se especifica si debe ser mercantil o laboral) para articular la remuneración de los consejeros con funciones ejecutivas delegadas por el consejo o atribuidas en virtud de otro título.

Hasta la STS 98/2018 de 26 de febrero, se consideró que la nueva redacción de los artículos relativos a la retribución de los administradores respondía a la intención de establecer una distinción normativa entre la diferente posición jurídica y tratamiento retributivo de aquellos consejeros que desempeñan funciones ejecutivas frente a aquellos que no desempeñan tales funciones.

La importancia de esta distinción surgía sólo en los casos en los que la estructura de administración adoptada era la de consejo, pues es en tal situación cuando se produce la delegación de funciones ejecutivas a los consejeros delegados, y, en consecuencia, estos ejercen funciones de gestión ordinaria y dirección de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los consejeros no ejecutivos que únicamente ostentan funciones de deliberación, supervisión y control.

PAZ-ARES (2008) ya había puesto de relieve con anterioridad a la reforma que, en las organizaciones con estructuras complejas, es decir, estructuradas en forma de consejo de administración, el cometido inherente al cargo de consejero no era único, sino variable. El autor afirmó que *“la experiencia enseña que las*

*formas de organizar la administración afectan también a los cometidos que están llamados a desempeñar los administradores dentro de cada una de ellas*⁵⁶.

Para el autor, los consejeros no ejecutivos desempeñan una gestión intermitente, es decir, sólo cuando se llevan a cabo las reuniones del consejo, mientras que los consejeros con funciones ejecutivas desempeñan una gestión individual y continua.

Es esta distinción la que posibilitaba o legitimaba el tratamiento separado de la remuneración de los consejeros ejecutivos, pues atendiendo a *“la imposibilidad práctica del consejo para administrar y gestionar la sociedad de manera directa y continua, resulta imposible entender comprendida dentro del cometido inherente al cargo de consejero el desempeño de las funciones ejecutivas y, en consecuencia, la imposibilidad de estimar que la retribución de dichas funciones deba acomodarse a la previsión general de remuneración contenida en los estatutos, referida al cometido inherente al cargo”* (PAZ-ARES, 2008)⁵⁷.

De este modo, con anterioridad a la última sentencia dictada en este plano, la STS de 26 de febrero anteriormente mencionada, el principio de reserva estatutaria debía restringirse a las funciones inherentes al cargo de consejero no ejecutivo, debiendo ser el propio consejo quien estableciera mediante un contrato aprobado por mayoría reforzada y abstención del consejero afectado, la remuneración por el desempeño de funciones ejecutivas, como se desprende del tenor literal del artículo 249.3 y 4 LSC.

Todo ello hizo tambalear la asentada teoría del vínculo, abriéndose debates doctrinales acerca de si la reforma del 2014 suponía la superación de esta.

Sin embargo, esta se debe seguir aplicando en los supuestos en los que la administración de la sociedad no se organice en forma de consejo (administrador único, administradores solidarios o mancomunados), así como para aquellos miembros del consejo a los que no les hayan sido encomendadas funciones ejecutivas.

⁵⁶ PAZ-ARES, C. op. cit., pág. 5.

⁵⁷ PAZ-ARES, C. op. cit., pág. 19.

Llegados a este punto, y como antecedente del próximo capítulo, debe hacerse mención del único cabo suelto que hasta la última sentencia (STS de 26 de febrero de 2018) podía observarse como consecuencia de las modificaciones introducidas por la reforma del 2014.

Cierto sector de la doctrina, en aras de paliar algunas de las deficiencias observadas en la regulación relativa a la retribución de los consejeros en las sociedades no cotizadas, quiso recurrir al artículo 220 LSC.

Tal recurso tiene su antecedente directo, en la interpretación doctrinal del artículo 217.1 LSC, pues se consideró que la expresión “los administradores en su condición de tales” no alcanzaba a todos los administradores, sino que quedaban excluidos aquellos consejeros a los que les habían sido encomendadas funciones ejecutivas y eran retribuidos en virtud del contrato mencionado en el artículo 249. 3 y 4 LSC.

De ser así, el límite máximo de retribución anual aprobado por la junta para el conjunto de administradores “en su condición de tales” no sería de aplicación para los consejeros ejecutivos, quedando liberados de tal límite, y sometidos exclusivamente a las previsiones de sus respectivos contratos.

Como ya se ha adelantado, se buscó respaldo en la previsión de control de la junta para todos los administradores (no sólo “*en su condición de tales*”) prevista en el artículo 220 LSC para el caso de las S.L., según el cual, “*el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general*”.

Sin embargo, tratar de garantizar la intervención o el control de la retribución de todos los administradores por parte de la junta, realizando una remisión al artículo 220 LSC, no sólo es ineficiente debido al exclusivo ámbito de aplicación de la norma, las S.L., sino también porque en palabras de MARTÍN ARESTI (2019), supone “*una desnaturalización grave del significado de la norma*”, ya que la autorización de la junta para celebrar contratos de obra o prestación de

servicios al margen de la relación orgánica con el administrador tiene como finalidad controlar otro tipo de riesgos⁵⁸.

Es entonces cuando gran parte de la doctrina entiende que el límite máximo anual de la retribución fijado por la junta y previsto en el artículo 217.3 LSC, es de aplicación para todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos⁵⁹, o en todo caso, se aconseja prever en los estatutos la necesaria intervención de la junta general a la hora de aprobar el contrato mencionado en el artículo 249.3 y 4 LSC⁶⁰.

Y así es la situación actual, pues sobre esta misma cuestión se ha pronunciado en los últimos tiempos el Tribunal Supremo en su STS 98/2018 de 26 de febrero⁶¹ afirmando contundentemente que el límite máximo de remuneración anual fijado por la junta general resulta de aplicación a todos los administradores, incluyendo a los consejeros ejecutivos cuya remuneración esté prevista en un contrato aprobado por el consejo en cumplimiento de lo previsto en el artículo 249 LSC, a quienes considera englobados en la previsión “*administradores en su condición de tales*”.

4.4.1. Comentario de la STS de 26 de febrero de 2018

Con ya se ha comentado, la STS 98/2018 de 26 de febrero constituye el último pronunciamiento significativo en relación con la remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas, suponiendo un antes y un después en esta materia desde la reforma operada por la Ley 31/2014.

Hasta este pronunciamiento, las Audiencias Provinciales apuntaban hacia la existencia de un régimen específico de remuneración para este tipo de consejeros (art.249 LSC), diferenciado del régimen general aplicable a los administradores “*en su condición de tales*” (art.217 LSC).

⁵⁸ MARTÍN ARESTI, P. (2019): “*Prestación de servicios o de obra del administrador y deber de lealtad (art.220 LSC)*”. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 81.

⁵⁹ GALACHO ABOLAFIO, A. (2016): “*La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores “en su condición de tales” y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración*”. Revista de Derecho de Sociedades Nº48. Págs. 171 a 210.

⁶⁰ MIQUEL RODRÍGUEZ, M. (2016): “*Constancia estatutaria de la retribución de consejeros ejecutivos. Comentario a la RGDRN de 17 de junio de 2016*”. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº47. Págs. 315 a 325.

⁶¹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 98/2018 de 26 de febrero.

Las sentencias y resoluciones que sostenían esta consideración eran: la SAP de Palma de Mallorca n.º 134/2017 de 2 de mayo⁶², la SAP de Barcelona n.º 295/2017, de 30 de junio⁶³ (casada posteriormente por la ya citada STS de 26 de febrero), así como las resoluciones de la DGRN de 30 de julio y 5 de noviembre de 2015, y 10 de mayo y 17 de junio de 2016.

Todas ellas mantenían que los sistemas de remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas no debía constar necesariamente en los estatutos, sino en el contrato celebrado entre este y la sociedad, librándose a su vez de la sujeción al límite máximo aprobado anualmente por la junta general.

El íter procesal de la STS 98/2018 de 26 de febrero, comienza con la ST del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 27 de noviembre de 2015, la cual fue recurrida posteriormente en apelación, siendo estimado el recurso por la SAP de Barcelona n.º 295/2017, de 30 de junio, la cual fue finalmente casada por la STS de 26 de febrero.

El conflicto surge a raíz de la negativa de un registrador de Barcelona a inscribir en los Estatutos de una sociedad una cláusula que disponía lo siguiente: *“El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de 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 LSC”*⁶⁴.

El TS considera que, en las sociedades no cotizadas, los artículos 217 y 249 LSC deben ser interpretados de forma cumulativa y no alternativa, es decir, la remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas debe quedar sometida a las exigencias de previsión estatutaria (no el quantum, pero sí el sistema) y sujeción al límite máximo anual aprobado por la junta general.

Además, el Alto Tribunal sostiene que la expresión “administradores en su condición de tales” abarca todas las funciones del administrador, tanto las

⁶² Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Sentencia núm. 134/2017 de 2 de mayo.

⁶³ Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 295/2017, de 30 de junio.

⁶⁴ Fundamento de Derecho 1º de la STS 98/2018 de 26 de febrero.

funciones ejecutivas como las funciones indelegables, pues haciendo mención del artículo 209 LSC⁶⁵, el tribunal considera que son inherentes al cargo de administrador todas las funciones o facultades, tanto las deliberativas y de supervisión, como las ejecutivas.

Sostiene que la consideración independiente del régimen retributivo de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas “*compromete la transparencia*” y “*afecta negativamente a los derechos de los socios, especialmente los minoritarios*” al restringirse el papel fundamental de la junta general en materia de retribución de administradores. Además, sumando mayor importancia a la retribución de los consejeros ejecutivos respecto a la percibida por el resto de los consejeros, no concibe que los controles previstos en el artículo 217 LSC, destacando el principio de proporcionalidad consagrado en el apartado 4, no resulten de aplicación.

En síntesis, los aspectos más relevantes introducidos por la sentencia son:

- La necesaria fijación en los estatutos del carácter (gratuito o retribuido) del cargo de administrador, así como el sistema o sistemas de remuneración de los administradores en caso de preverse retribuido, por todas las funciones que realicen, incluyendo las ejecutivas.
- La flexibilización del anterior criterio, en relación con la rigurosa precisión de la previsión estatutaria, en los supuestos en los que sea necesaria la celebración de un contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 249 LSC.
- La intervención de la junta, en cuanto que el contrato celebrado por el consejero ejecutivo y la sociedad, aprobado por el propio consejo, debe ceñirse a los límites cuantitativos aprobados por la junta general.
- La competencia del consejo de administración para aprobar mediante el “*voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado*” el requerido contrato de consejero delegado o con

⁶⁵ **Artículo 209 LSC. Competencia del órgano de administración.**

“*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.*”

funciones ejecutivas, pero siempre dentro de lo previsto por el “*marco estatutario*” y el importe máximo anual acordado por la junta.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que por ahora sólo existe un pronunciamiento en este sentido, de modo que, para poder considerar su contenido como verdadero complemento del ordenamiento jurídico⁶⁶, aún se requiere una mayor dosis de estabilidad, reiteración o aplicación por parte de los tribunales⁶⁷.

⁶⁶ **Artículo 1.6 C.C. Fuentes del Derecho.**

"La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

⁶⁷ Los requisitos exigidos para que la jurisprudencia cumpla con su función de completar el ordenamiento jurídico, vinculando y orientando los pronunciamientos de los tribunales inferiores, aparecen enunciados en la STS de 18 de mayo de 2003.

5. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES

Como ya se ha adelantado en el capítulo anterior, resulta especialmente llamativo como la propia LSC ofrece tratamientos diferentes para la retribución adicional que puede recibir un administrador por la realización de actividades que sobrepasan o son diferentes a las inherentes al propio cargo de administrador.

Durante el análisis de la retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas a los que expresamente se les exige, en virtud del artículo 249 LSC, la celebración de un contrato con el propio consejo de administración, ha sido posible observar la imposibilidad de extraer de la literalidad del precepto mencionado si esta retribución como consejero delegado o ejecutivo queda sometida o no al principio de reserva estatutaria, así como al control por parte de la junta general, siendo necesaria la intervención de Alto Tribunal para zanjar la controversia.

Sin embargo, la LSC sí que especifica que en el caso de aquellos administradores, con independencia de si se trata de administradores únicos, mancomunados, solidarios o en forma colegiada, que lleven a cabo una prestación de servicios o de obra en la sociedad (de responsabilidad limitada) en paralelo y de forma superpuesta e independiente a la relación orgánica de administrador, se someterán al control por parte de la junta general en relación con todo lo relativo al establecimiento o modificación de la relación de prestación de servicios o de obra con la sociedad (art.220 LSC).

En ese punto, y con el objetivo de determinar el ámbito de aplicación del artículo 220 LSC, es decir, cuáles son los servicios que el administrador puede prestar en virtud de otro título, vuelve a tomar relevancia la delimitación de las funciones propias del cargo de administrador, pues este precepto tiene su límite en los servicios incluidos en las funciones propias del cargo de administrador.

Además, aquí es donde se encuentra el punto de conexión entre los artículos 220 y 249 LSC, ya que, a raíz de las novedades introducidas por la reforma del 2014 en relación con el contrato que prevé la retribución por el desempeño de

las funciones de consejero ejecutivo (art.249 LSC) puede surgir la duda acerca de la posible alteración respecto al ámbito de aplicación del artículo 220 LSC.

Sin embargo, a pesar de que en ambos casos la naturaleza de la prestación debida sea de “servicios”, queda reforzada la posición del artículo 220 LSC cuando de forma excluyente, el artículo 249 LSC exige la celebración de un contrato que prevea la retribución por el ejercicio de las funciones del consejero sin admitir otra retribución por el desempeño de estas en virtud de otro contrato distinto.

Por ello, no sería posible acudir a la vía contractual del artículo 220 LSC para regular la prestación de servicios que retribuya las funciones de los consejeros ejecutivos.

Además, al igual que ocurría con la determinación de las funciones del consejero ejecutivo para diferenciarlo del mero consejero, en el ámbito de aplicación del artículo 220 LSC, quedan igualmente excluidos de la norma los servicios inherentes al cargo de administrador.

De nuevo surge la dificultad para concretar y detallar las numerosas funciones inherentes al cargo de administrador, debiéndose acudir a los criterios generales consagrados en el artículo 209 LSC, según el cual, los administradores tienen atribuida la gestión y representación de la sociedad⁶⁸.

Sin embargo, el concepto de “gestión de la sociedad” tiene un alcance tan amplio que se debe recurrir a otras referencias con mayor grado de concreción sobre aquellos servicios que el administrador puede prestar a la sociedad mediante una relación jurídica paralela a la relación orgánica.

La jurisprudencia ha entrado a matizar que *“ha de resultar probada la concurrencia de un elemento objetivo de distinción de actividades por una u otra causa”*⁶⁹, siendo únicamente factible la prestación de servicios prevista en el artículo 220 LSC cuando el administrador preste servicios que *“excedan de las*

⁶⁸ **Artículo 209 LSC. Competencia del órgano de administración.**

“Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”.

⁶⁹ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo civil). Sentencia núm. 893/2012, de 19 de diciembre.

*funciones de gestión, dirección y representación no sometidas al régimen de exigencias de previsión estatutaria*⁷⁰.

Se observa igualmente como la DGRN ha venido aceptando la introducción en los estatutos de cláusulas referentes a la retribución de los administradores por la prestación de servicios diferentes a los inherentes a su condición de administrador, aún cuando el cargo se prevé gratuito⁷¹.

Sin embargo, la propia jurisprudencia del TS ha reconocido en varias ocasiones la dificultad de establecer un elemento objetivo de distinción entre unas u otras funciones en la medida en que “las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas”⁷².

Esta calificación podría resultar excesiva en tanto que, en las sociedades no cotizadas, el cargo de administrador no precisa de ninguna cualificación profesional o técnica acreditada, siendo posible pensar que existen muchas funciones dentro de una sociedad que no sólo son necesarias para el buen desempeño de esta, sino que también requieren de un grado de especialización o cualificación determinado, debiendo en tal caso ser encomendadas a terceras personas.

Es ahí donde cabe apreciar un indicador o criterio delimitador de los servicios, en tanto que un administrador cualificado podría ser aquel al que hubiera que encomendar determinados servicios u obras que en caso de no ser éste cualificado, debieran de encargarse a un tercero⁷³.

Para finalizar este capítulo debe llamarse la atención sobre la falta de previsión al respecto para las S.A., pudiéndose interpretar la ausencia de exigencia de aprobación por la junta de estas prestaciones de servicios en el ámbito de tal tipo de sociedades (S.A.), con el único requisito de no lesionar los intereses de la sociedad en beneficio del administrador.

⁷⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

⁷¹ DGRN. Resolución de 10 de mayo de 2016, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2016, núm. 136, págs. 37309 a 37314.

⁷² Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencias de 24 de abril de 2007 y 19 de diciembre de 2011.

⁷³ MARTÍN ARESTI, P. (2019): *“Prestación de servicios o de obra del administrador y deber de lealtad (art.220 LSC)”*. Valencia, Tirant lo Blanch. Pág. 86.

6. IMPLICACIÓN EN OTRAS ESFERAS DEL DERECHO

Al analizar cualquier formulación jurídica, es este caso la retribución de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas, no es adecuado ceñirse únicamente al análisis o estudio desde la perspectiva del área a la que ésta pertenece, pues el ordenamiento jurídico no debe entenderse como meros compartimentos aislados con vida propia.

Lejos de ser así, el análisis de una cuestión del derecho concreta debe tener en cuenta la interpretación conjunta que proporcione una verdadera coherencia jurídica.

Por ello, a continuación, se exponen de forma muy breve y como broche final del trabajo, el impacto que tiene la actual regulación sobre la remuneración de los administradores en otras áreas del derecho.

6.1. IMPACTO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El artículo 35.1 CE dispone: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

Del mismo modo, el artículo 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece: *“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”*.

En ambos casos, llama la atención la posibilidad de que el artículo 217 LSC que consagra la presunción de gratuidad el cargo de administrador pueda llegar a conculcar el derecho a *“una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”* o el derecho a *“una remuneración equitativa y satisfactoria”* previstos por sendos preceptos.

Si bien es cierto que la remuneración a los administradores no se prohíbe, la presunción de gratuidad prevista para los casos en los que no se hubiese realizado mención alguna en los estatutos si podría considerarse que vulnera el

derecho a un trabajo remunerado, pues en definitiva, aunque se trate de proteger a los socios, nadie trabaja ni asume riesgos de forma gratuita, y menos en los casos de consejeros ejecutivos cuyo trabajo requiere de una implicación diaria, en el ámbito de sociedades con ánimo de lucro.

6.2. IMPACTO EN EL DERECHO LABORAL

Las consecuencias laborales de la remuneración de los administradores son principalmente:

- La determinación de la naturaleza jurídica de la relación de administrador (mercantil o laboral)
- Incidencia de la condición de socio sobre la naturaleza de la relación

6.2.1. Naturaleza jurídica de la relación de administrador

Como ya se mencionó en capítulos anteriores, el artículo 1.3.c) E.T. excluye la compatibilidad de la relación laboral con la condición de administrador en los casos en los que el administrador únicamente realiza funciones propias del cargo de consejero o administrador.

Para que pueda ser compatible la relación laboral con la condición de administrador, hay que atender a la naturaleza del vínculo que une al sujeto con la Sociedad, sin que una misma persona pueda desempeñar las mismas funciones en virtud de dos relaciones o contratos de distinta naturaleza.

Respecto a la compatibilidad de la relación laboral común con la relación de administrador, la jurisprudencia la admite siempre que las funciones relativas a cada relación jurídica sean distintas, así como se den las notas de voluntariedad, retribución, ajenidad en los resultados y dependencia consagradas en el artículo 1.1 E.T.⁷⁴.

Destacan al respecto SSTS como la STS de 9 de diciembre de 2009, según la cual, *“como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes,*

⁷⁴ **Artículo 1.1 E.T. Ámbito de aplicación.**

“Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

*cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral*⁷⁵.

Por otro lado, cuando se trata de compatibilizar la relación mercantil y laboral de carácter especial, es decir, en los supuestos de que un alto directivo ostente el cargo de administrador o consejero, hay que acudir a la ya mencionada doctrina del vínculo, en virtud de la cual la relación mercantil prepondera sobre la relación laboral.

Las consecuencias de ello son: (i) el desplazando la competencia de la jurisdicción social para resolver los conflictos que puedan surgir entre las partes; (ii) la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social (RETA o asimilado); (iii) la pérdida del derecho a prestación por desempleo, así como a indemnización en caso de extinción del contrato; (iv) la imposibilidad de acceso a las garantías que brinda el FOGASA.

Con la reforma del 2014 se abrió debate en torno a la posible superación de la doctrina del vínculo en los supuestos de miembros del consejo que sean nombrados consejeros delegados o a los que se les atribuyan funciones ejecutivas, en tanto que existe un “plus” de actividad respecto al resto de miembros del órgano de administración.

La doctrina considera, y así ha sido avalado por la jurisprudencia de los TSJ, que la teoría del vínculo permanece vigente en la medida en que ese “plus” de actividad o mayor dedicación a la empresa se circunscribe en el marco de competencias del órgano de administración.

En cambio, no es tan desatinado poder considerar que la relación entre los consejeros ejecutivos y la sociedad revista de carácter laboral cuando se pueda probar la concurrencia de ajenidad (pues los consejeros ejecutivos pueden no ser socios mayoritarios o de control, aunque así suele ser lo habitual es las sociedades pequeñas y cerradas) y dependencia (en la medida en que su desempeño está siendo supervisado por el Consejo de Administración).

Como explica PAZ-ARES (2008), el consejero ejecutivo tiene dos vínculos con la Sociedad: como miembro del consejo de administración es un administrador

⁷⁵ Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo social). Sentencia de 9 de diciembre de 2009.

más y su relación es mercantil, pero, además, como consejero con funciones delegadas es un “empleado”⁷⁶.

Por último, conviene resaltar en este sentido la diferenciada doctrina asentada por el TJUE, según la cual se califica como laboral (ordinaria o de alta dirección) la relación de administrador con la sociedad cuando el administrador se somete a las instrucciones de la Junta y los frutos de su trabajo corresponden a los socios, en la medida en que concurre ajenidad y dependencia. (ST del TJUE de 11 de noviembre de 2010; Caso “Danosa”⁷⁷, posteriormente ratificada por la STJUE de 9 de julio de 2015; Caso Balkaya)⁷⁸.

Ambas sentencias coinciden en determinar que un miembro de un consejo de administración de una sociedad de capital que *“a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión”*.

Esto supone tener en cuenta que el Derecho de la Unión Europea, al cual deben acomodarse las normas nacionales, posee un concepto de “trabajador” mucho más amplio que el previsto por la legislación española, con las correspondientes implicaciones que esto puede suponer.

6.2.2. Administrador que ostenta la condición de socio

Ostentar la condición de socio en la entidad en la que se prestan servicios es incompatible con la relación laboral por falta de concurrencia de los elementos definitorios de la misma: ajenidad, retribución y dependencia.

⁷⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2008): “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, en *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, enero (núm. 1). Disponible en: www.indret.com [Consulta: 2 de diciembre 2019].

⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 56.

⁷⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 9 de julio de 2015, Balkaya, C-229/14, EU:C:2015:455, apartados 34 a 39.

La jurisprudencia, destacando la STS de 29 de septiembre de 2003, ha matizado que no es posible apreciar ajenidad cuando el administrador societario ostenta el 50% o más de las acciones de la sociedad para la que presta los servicios⁷⁹.

6.3. IMPACTO EN EL DERECHO TRIBUTARIO

En el plano fiscal, las implicaciones varían en función del impuesto del que se trate, girando en torno a la determinación como gasto de la remuneración de los consejeros a los efectos de deducibilidad fiscal del mismo.

En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas (IRPF), la remuneración del consejero debe tributar como rendimiento del trabajo, con independencia de la legitimidad de su percepción en relación con el cumplimiento de los requisitos mercantiles previstos en el artículo 217 LSC

Esto se desprende de lo previsto por el artículo 13 de la LGT⁸⁰ (según el cual las obligaciones tributarias deben cumplirse con independencia de *“los vicios o defectos que pudieran afectar a su validez”*) y el mandato constitucional del artículo 31 CE que no excluye de la obligación de tributar a aquellos que no cumplen con las previsiones legales.

De este modo, mientras no se exija al consejero ejecutivo la devolución de las cantidades percibidas sin la correspondiente previsión estatutaria, es decir, de un modo contrario a derecho, este se verá obligado a tributar en el IRPF por las mismas.

Respecto al Impuesto de Sociedades (IS), cuando la cuantía de la remuneración percibida por los consejeros tenga la condición de gasto contable tendrá asimismo la condición de gasto fiscal, y, por tanto, será deducible del IS.

Sin embargo, un Informe de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) de fecha 12 de marzo de 2009 impone como requisito de deducibilidad que *“los estatutos establezcan el carácter remunerado del cargo, aunque no se cumpla*

⁷⁹ Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia de 29 de septiembre de 2003.

⁸⁰ **Artículo 13 LGT. Calificación.**

“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”.

*de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil*⁸¹.

En ocasiones, los tribunales validaban la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los consejeros ejecutivos a modo de “gasto de personal”, por entenderse que la remuneración que recibían no debía constar en los estatutos.

En cambio, tras las precisiones realizadas por la reciente STS de 26 de febrero, resulta complicado entender que la remuneración de los consejeros ejecutivos si pueda ser deducida como gasto fiscal, en la medida que esta se debe aparecer prevista en los estatutos.

Por otro lado, la remuneración de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas tiene consecuencias fiscales en el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en relación con la empresa familiar.

El artículo 4. ocho de la LIP⁸² prevé la exención del Impuesto sobre el patrimonio para el caso propiedad de acciones o participaciones en determinadas sociedades familiares, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

Entre estos requisitos se encuentra la exigencia de desempeño de funciones de dirección en la entidad por parte del sujeto pasivo del impuesto, percibiendo a cambio una remuneración que *“represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal”*. En el caso de que la participación en la sociedad sea conjunta, basta con que las funciones de dirección y las retribuciones derivadas de la misma sean ejecutadas y percibidas por al menos una de las personas del grupo de parentesco.

La DGT matizó que se disfrutaría de la exención con independencia del contrato utilizado para instrumentar el ejercicio de las funciones de dirección (laboral o mercantil).

Sin embargo, surge la duda acerca del cumplimiento del requisito en los supuestos de contratos mercantiles de administrador o consejero, en los que la retribución por el desempeño del cargo carezca de cobertura estatutaria.

⁸¹ Dirección General de los Tributos. Informe 5/2009 de 12 de marzo.

⁸² Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Boletín Oficial del Estado de 7 de junio de 1991, núm.136.

Sin embargo, en aplicación nuevamente del ya citado artículo 13 LGT, la doctrina administrativa se ha posicionado a favor de la exención al considerar que el vínculo que liga al administrador es una cuestión de índole laboral que no afectará a la exención, siempre y cuando concurren los requisitos exigidos para su disfrute: (i) ejercicio de funciones directivas; (ii) su acreditación mediante contrato o nombramiento; y (iii) la percepción del nivel de retribución legalmente exigido.

El mismo requisito se impone para la reducción de la base imponible del ISD prevista por el artículo 20.1.c) LISD, y equivalente al 95% del valor de la empresa familiar que se transmite a favor del cónyuge, los descendientes o los ascendientes del causante, siempre y cuando la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante.

6.4. IMPACTO EN EL DERECHO CONCURSAL

En el ámbito concursal, la falta de previsión estatutaria acerca del carácter remunerado del administrador o consejero tiene las siguientes consecuencias:

En primer lugar, toda remuneración satisfecha a los administradores sin la correspondiente cobertura estatutaria puede ser considerada en el caso de situación de insolvencia y declaración de concurso de la sociedad como un supuesto de salida ilícita de bienes.

Esto supone, en aplicación del ordinal 5 del artículo 164.2 LC, la calificación del concurso como culpable ante la presunción *iuris et de iure* de calificación como tal siempre que *“durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”*⁸³.

Por consiguiente, la calificación del concurso como culpable deriva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 172 LC, en consecuencias como: (i) La inhabilitación del administrador durante un periodo de dos a quince años para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona; (ii) La devolución de las cantidades obtenidas en concepto de remuneración por el desempeño del cargo en los dos años anteriores a la

⁸³ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 2003, núm. 164.

declaración del concurso, siempre que hayan sido satisfechas indebidamente y causen un perjuicio para el conjunto de acreedores; (iii) La pérdida de cualquier derecho que tuviera el administrador como acreedor concursal o de la masa; (iv) La puesta a disposición del patrimonio personal del administrador societario para el pago a los acreedores del importe de los créditos que no quede satisfecho tras la liquidación de la masa activa, incluyendo los créditos contra la masa y; (v) El pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados.

Sin embargo, de nuevo es trascendental la distinción entre funciones propias del cargo de administrador de aquellas que no lo son ya que sólo serán objeto de reintegro aquellas cantidades satisfechas en concepto de remuneración del administrador que carezcan de cobertura estatutaria, pero no aquellas cantidades que haya podido percibir el administrador en condiciones normales de mercado por la prestación de servicios, de obra, o cualquier otra actividad que exceda de las funciones inherentes al cargo de administrador.

Así se desprende de sentencias como la SAP de Madrid n.º 398/2019 de 25 de julio, la cual, ante la declaración del concurso como culpable por falta de cobertura estatutaria de las remuneraciones satisfechas a los administradores sociales, que en este caso también eran socios, únicamente condena a estos a devolver el importe de las facturas satisfecho por el desempeño de funciones de representación y gestión social, es decir, funciones propias del cargo de administrador, estableciendo que no se pueden considerar *“ilícitas las facturas contabilizadas por la prestación de servicios (por parte de los administradores sociales) que estén claramente separados de la función genuina del órgano de administración”*⁸⁴.

⁸⁴ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Sentencia núm.398/2019 de 25 de julio.

7. CONCLUSIONES

- I. En primer lugar y desde el punto de vista legislativo, debe llamarse la atención sobre las consecuencias de la reforma de la LSC en 2014. Si bien esta reforma trató de zanjar las controversias surgidas alrededor de la remuneración de los administradores societarios en el ámbito de las sociedades no cotizadas, lo que verdaderamente se desprende de ella es un quebranto de la seguridad jurídica en la medida en que no se ha establecido con suficiente claridad, rigor y precisión el alcance del principio de reserva estatutaria y del control de la junta general, las funciones “inherentes al cargo de administrador” y el carácter cumulativo o alternativo de los artículos 217 y 249 LSC, derivándose así numerosos conflictos al respecto.

- II. Como consecuencia de lo anterior, los tribunales se han visto obligados a asumir la función del legislador y establecer jurisprudencia normativa que resuelva todos aquellos puntos oscuros no aclarados por la regulación, yendo en muchos casos contra la literalidad de los propios preceptos de la LSC. Así ha ocurrido con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, pues cuando se entendía que los artículos 217 y 249 LSC debían interpretarse de forma alternativa, el TS ha dictado una sentencia de llamativa interpretación, obligando a someter la remuneración de los consejeros ejecutivos al principio de reserva estatutaria y al control por parte de la junta general. Esto parece ir en contra de la verdadera intencionalidad del legislador, así como del principio de especialidad en la medida en que la mención en un precepto específico de las particularidades retributivas del consejero ejecutivo debería suponer en tal caso el desplazamiento de la normativa general prevista en el artículo 217 LSC.

- III. En esa misma línea cabe mencionar la percepción acerca de la intencionalidad del legislador al regular separadamente la administración colegiada del resto de formas de administración para las sociedades no cotizadas, pues podría considerarse que tal distinción tiene la vocación de sustituir el control previsto por el artículo 217 LSC por el control del propio consejo de administración, en la medida en que se trata de un órgano capaz

de autorregularse, está integrado en ocasiones por consejeros dominicales que representan los intereses de los accionistas, y permite ejercer el necesario control sobre la remuneración de los consejeros. A este respecto habría que plantearse si aquellas sociedades cuyos administradores cuentan con facultades mancomunadas y/o delegación de funciones, constituyen una suerte de organización de la administración social que pudiera contar con una regulación similar a la del Consejo por darse notas características comunes.

- IV. Por otra parte, si existiera un concepto mejor definido de administrador, así como de las funciones inherentes al cargo y por las que debiera estar remunerado en su condición de administrador, el número de conflictos sería sensiblemente inferior. Desde mi punto de vista, la mayor parte del problema se sitúa en torno a la diferenciación de las funciones propias al cargo de administrador de aquellas que no lo son, pues en caso de existir algún precepto o pronunciamiento que contemplase tal distinción, sería más sencillo conocer qué funciones deben estar remuneradas bajo el principio de reserva estatutaria y control de la junta general, y cuales podrían ser objeto de otro tipo de contratos, relaciones y títulos retributivos. Si bien es cierto que parece que el legislador quiso únicamente sujetar la remuneración de los administradores “en su condición de tales” a las mencionadas formalidades y controles, el último pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sentencia del TS de 26 de febrero de 2018) parece ir en otra dirección.
- V. Además, teniendo en cuenta que la mayor parte del tejido empresarial español se compone de pequeñas y medianas empresas no cotizadas, y en muchos casos estas son de carácter cerrado y familiar, el criterio a la hora de fijar el sistema retributivo de los administradores debería ser más flexibilizador que riguroso. Tal consideración deriva de las propias características de este tipo de sociedad, donde es frecuente que los propios socios ostenten a la vez la condición de administrador y en ocasiones ejerzan la actividad laboral, siendo menos probable que surjan problemas de agencia o conflictos de intereses ante la remuneración percibida por los administradores. Sin embargo, sí que es común que en este panorama los conflictos familiares se entremezclen con los societarios, desembocando en

procedimientos judiciales centrados en la impugnación de acuerdos y acciones de responsabilidad por retribuciones tóxicas. En esos casos, quizá cabría como remedio a la alta litigiosidad facilitar una vía por la que, en caso de contar con las mayorías suficientes, pudieran subsanarse defectos formales como es la falta de previsión estatutaria del carácter remunerado del cargo de administrador, mediante un sistema de convalidación o ratificación posterior de acuerdos.

- VI. Por otro lado, parece poco lógico presumir la gratuidad del cargo de administrador en la medida en que el grado de responsabilidad asumido por el mismo, así como la verdadera práctica societaria, se alejan mucho de la consideración del cargo de administrador como no remunerado. Aunque esta presunción de gratuidad tiene como finalidad primordial la protección de los intereses de los accionistas, se ha observado un desequilibrio en la protección de los accionistas y los administradores. El mero control de la remuneración de los administradores por parte de la junta general junto con los cauces o mecanismos de exigencia de responsabilidad a los administradores a disposición de los accionistas, podrían ser suficientes para proteger a los accionistas, evitando que un requisito formal como es la previsión estatutaria pueda tener consecuencias muy desfavorables para los administradores, comprometiendo su habilitación futura para el cargo, su patrimonio personal y su posible responsabilidad penal.
- VII. En cualquier caso, en el ámbito de las sociedades no cotizadas, la retribución de los administradores sociales, y en especial la de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas parece que seguirá siendo un asunto controvertido y de compleja solución. Por ello, en atención a la verdadera realidad práctica de las sociedades, así como los pronunciamientos más recientes en esta materia, no sería desacertado pensar que, ante la situación de incertidumbre actual, a no muy largo plazo será necesaria una actuación más rigurosa, en forma de reforma legislativa o asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que determine una orientación o criterio único, así como dote de estabilidad y seguridad jurídica al ordenamiento en materia de remuneración de administradores en el ámbito de las sociedades no cotizadas.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO APARICIO, A. (2018): *Retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas en los supuestos de delegación o con funciones ejecutivas*, en J.A., GARCÍA-CRUCES, *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2011): *Remuneración de los administradores (art.217)*, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Tomo I)*. Navarra, Civitas.

GALACHO ABOLAFIO, A. (2016): “La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores “en su condición de tales” y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración”. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº48.

GARCÍA DE ENTERRÍA, F. (2015): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo*, Navarra, Thomson Reuters (Aranzadi).

MARTÍN ARESTI, P. (2019): *Prestación de servicios o de obra del administrador y deber de lealtad (art.220 LSC)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MIQUEL RODRÍGUEZ, M. (2016): “Constancia estatutaria de la retribución de consejeros ejecutivos. Comentario a la RGDRN de 17 de junio de 2016”. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº47.

SÁNCHEZ CALERO, F. (2007): *Los administradores en las sociedades de capital*, 2º edición, Civitas.

SÁNCHEZ-CALERO, F. (2005): *Los administradores en las Sociedades de Capital*. Madrid, Thomson Civitas.

SÁNCHEZ URAN-AZAÑA, Y. (2015): “Estatuto jurídico del alto directivo tras la reforma del derecho de sociedades”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social* Nº118.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2008): *La retribución de los administradores de las sociedades*, en R., GIMENO-BAYÓN COBOS y L., GARRIDO ESPA, *Órganos de la sociedad de capital*, Tirant lo Blanch.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, F. (1998): *La retribución de los administradores en el ordenamiento jurídico español. Sus principios caracterizadores*, en F., TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Pamplona, Civitas.

WEBGRAFÍA

OCDE (2016): *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*.

Éditions OCDE, Paris. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es> [Consulta: 2 de diciembre 2019].

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2009): “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, en *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, mayo, (núm. 2). Disponible en: www.indret.com [Consulta: 2 de diciembre 2019].

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2008): “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, en *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, enero (núm. 1). Disponible en: www.indret.com [Consulta: 2 de diciembre 2019].

Uría Menéndez (2015): *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo; Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas*. Madrid, 3 de julio. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LSC.pdf?id=5846. [Consulta: 2 de diciembre 2019].

LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado «Gaceta de Madrid», de 25 de julio de 1889, núm. 206.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Boletín Oficial del Estado, 12 de agosto de 1985, núm. 192.
- Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Boletín Oficial del Estado, de 7 de junio de 1991, núm.136.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 2003, núm. 164.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Boletín Oficial del Estado, de 18 de diciembre de 2003, núm. 302.
- Recomendación 2009/385/CE de 30 de abril de 2009, sobre promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Boletín Oficial del Estado, 4 de diciembre de 2014, núm. 293.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO (Sala Primera, de lo Civil)

- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 9 de mayo de 2001.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 249/2005 de 21 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 441/2007 de 24 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 31 de octubre de 2007.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 448/2008 de 29 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 28 de septiembre de 2010.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia de 19 de diciembre de 2011.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 25/2012 de 10 de febrero.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 893/2012 de 19 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 412/2013 de 18 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 180/2015 de 9 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 708/2015 de 17 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 505/2017 de 19 de septiembre.
- Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 98/2018 de 26 de febrero.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala Tercera, de lo Contencioso)

- Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso). Sentencia núm. 7057/2008 de 13 de noviembre.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala Cuarta, de lo Social)

- Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia de 29 de septiembre de 1988.
- Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 386/1991 de 3 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia de 27 de enero de 1992.
- Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia de 29 de septiembre de 2003
- Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo social). Sentencia de 9 de diciembre de 2009.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Sentencia núm.134/2017, de 2 de mayo.
- Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15^o). Sentencia núm. 295/2017, de 30 de junio.
- Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4^o). Sentencia núm. 139/2019 de 4 de abril.
- Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4^o). Sentencia núm. 980/2019, de 25 de junio.
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 28^o). Sentencia núm.398/2019 de 25 de julio.

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sección 9^o). Sentencia núm.33/2018 de 31 de enero.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 9 de julio de 2015, Balkaya, C-229/14, EU:C:2015:455.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- Resolución de 16 de febrero de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Madrid a la inscripción de una escritura de modificación de estatutos de la sociedad recurrente. Boletín Oficial del Estado, 19 de marzo de 2013, núm. 67, págs. 21987 a 21993.
- Resolución de 7 de marzo de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles II de Valencia, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad. Boletín Oficial del Estado, 11 de abril de 2013, núm. 87, págs. 27075 a 27077.
- Resolución de 17 de junio de 2014, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIX de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad. Boletín Oficial del Estado, 29 de julio de 2014, núm. 183, págs. 60234 a 60236.
- Resolución de 30 de julio de 2015, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVI de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad. Boletín Oficial del Estado, 30 de septiembre de 2015, núm. 234, págs. 88789 a 88794.
- Resolución de 5 de noviembre de 2015, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid a inscribir la modificación de determinado precepto estatutario. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 2015, núm. 281, págs. 110556 a 110559.
- Resolución de 10 de mayo de 2016, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2016, núm. 136, págs. 37309 a 37314.
- Resolución de 17 de junio de 2016, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una

sociedad de responsabilidad limitada. Boletín Oficial del Estado, 21 de julio de 2016, núm. 175, págs. 51301 a 51305