

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (CUNEF)

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADE

Trabajo Fin de GRADO



RÉGIMEN DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL A LA LUZ DE LA STS 98/2018 DE 26 DE FEBRERO

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL CAMBIO JURISPRUDENCIAL DADO POR LA STS 98/2018 DE 26 DE FEBRERO RESPECTO AL SISTEMA RETRIBUTIVO DE LOS CONSEJEROS CON FUNCIONES EJECUTIVAS EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS

Autor: Beltrán Tárrega, Joaquín

Tutor: Prof. Dr. D. Guillermo Velasco Fabra

Madrid, 10 de diciembre de 2018

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS.....	3
2. INTRODUCCIÓN	4
3. ANTECEDENTES LEGALES	7
3.1. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	7
3.2. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.....	8
3.3. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 31/2014.....	8
4. POSICIONES DOCTRINALES CONTRARIAS A LA PREVISIÓN ESTATUTARIA Y ANTERIORES A LA REFORMA DE LA LSC	10
4.1. DISTINCIÓN DE FUNCIONES: DELIBERATIVA Y EJECUTIVA.....	10
4.2. RELACIÓN NOMBRAMIENTO/FIJACIÓN DE RETRIBUCIÓN.....	12
5. REFORMA DE LA LSC OPERADA POR LA LEY 31/2014	14
6. CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA REGISTRAL.....	18
7. SENTENCIA 98/2018, DE 26 DE FEBRERO, DICTADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	21
8. POSICIONES DOCTRINALES CONTRARIAS A LA TESIS DEL TRIBUNAL SUPREMO	26
9. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	31
9.1. CONSECUENCIAS LABORALES	31
9.2. CONSECUENCIAS FISCALES	32
10. PROCEDIMIENTO PARA LA FIJACIÓN DEL CARÁCTER Y SISTEMA RETRIBUTIVO EN ESTATUTOS SOCIALES	34
11. CONCLUSIONES	37
12. BIBLIOGRAFÍA.....	39
13. LEGISLACIÓN	39
14. JURISPRUDENCIA.....	40
15. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.....	40
16. RECURSOS ONLINE	41

1. ABREVIATURAS

STS	Sentencia Tribunal Supremo
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
LSC	Ley de Sociedades de Capital
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
AP	Audiencia Provincial
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
TS	Tribunal Supremo
DGT	Dirección General Tributaria

2. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Grado tiene por objeto el estudio del sistema retributivo de los consejeros con funciones ejecutivas en el ámbito de las sociedades no cotizadas. En concreto, se pretende abordar la regulación legal del citado sistema retributivo analizando la disputa jurisprudencial surgida a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo 98/2018 de 26 de febrero (en adelante, “STS”).

La regulación sucinta del sistema retributivo de los consejeros delegados responde a una exigencia cada vez mayor de transparencia e información, exigencia que se acentúa con la aparición de la Responsabilidad Social Corporativa (en adelante, “RSC”).

La creciente preocupación a la hora de regular la RSC en el ámbito societario ha dado lugar a la implementación de normativa diversa.

En España, las primeras recomendaciones en esta materia llegaron en 1998 de la mano del Informe Olivencia, cuyo nombre hace honor a D. Manuel Olivencia Ruiz, presidente de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. A esta Comisión se le encargó el cometido de elaborar un informe que pusiera de relieve la necesidad de efectuar cambios en relación con el gobierno de las sociedades y que contuviera una serie de recomendaciones de aplicación voluntaria por parte de las sociedades¹.

Más adelante, en 2003, se aprueba el Informe Aldama, cuyo nombre también se debe, como su antecesor, al presidente de la Comisión encargada de su redacción, D. Enrique de Aldama y Miñón. Este informe incide en la necesidad de una mayor transparencia con el fin de proteger a los accionistas minoritarios². Este informe destacó por incluir

¹ Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (Comisión Olivencia). Febrero, 1998. CNMV (<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>) (Consulta: 2 de noviembre de 2018).

² Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (Comisión Aldama). Enero, 2003. CNMV (<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>) (Consulta 2 noviembre de 2018).

por primera vez la expresión “gobierno corporativo”, sustituyendo así el término “buen gobierno” del que había hecho uso el Informe Olivencia³.

A nivel europeo, cabe destacar la Orden ECO/3722/2003, de 26 de Diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades⁴. Parte del desarrollo normativo de esta Orden fue incorporada a nuestro marco regulatorio a través de la aprobación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22 de Mayo de 2006⁵, actualizado con fecha junio de 2013 y, posteriormente, en febrero de 2015. Otra parte fue incorporada a través de la Reforma del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) efectuada por medio de la Ley 31/2014, de 3 de Diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

El objetivo del gobierno corporativo es 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 negocios⁶.

Tal y como aparece recogido en el Preámbulo de la citada Ley 31/2014, “el gobierno corporativo de las sociedades viene adquiriendo en los últimos años una trascendencia tal que se ha incorporado, con carácter estructural y permanente, a la

³ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. (mayo, 2012). *El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario*. Publicado en Cuadernos de Derecho para Ingenieros, nº10, La Ley, pp-49-62. Cuatrecasas Gonçalves-Pereira. (https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/el_gobierno_corporativo_como_instrumento_al_servicio_del_accionista_cuadernos_de_derecho_para_ingenieros_n_102011.html). (Consulta: 2 de noviembre de 2018).

⁴ En la actualidad derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

⁵ Comisión Nacional del Mercado de Valores (2015) Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (en línea) disponible en (https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf) (Consulta: 15 octubre 2018)

⁶ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>).

agenda regulatoria de las autoridades y a los planes estratégicos de actuación de las instituciones privadas”⁷.

En palabras de Sir James D Wolfensohn, noveno presidente del Banco Mundial, “el buen gobierno de las empresas va a ser tan importante para la economía mundial como lo son los gobiernos de las naciones”⁸.

En este sentido, he querido decantarme por este tema dado que nos encontramos ante una de las sentencias más importantes en el plano mercantil de los últimos años, por la que se fija una nueva interpretación jurisprudencial en una materia tan controvertida y de tanta relevancia en el ámbito societario como es la retribución de sus administradores y consejeros con funciones ejecutivas. Este giro jurisprudencial debe valorarse como una declaración de intenciones del TS en su afán de proteger a los socios y fomentar la transparencia y la información no sólo en las sociedades cotizadas sino también en las no cotizadas. Debemos recordar, que el TS se pronunció sobre un conflicto aparentemente resuelto dando un giro a lo fijado por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, “DGRN”) y por sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, “AP”) de Barcelona, dejando abierta la puerta a la fijación de una nueva posición jurisprudencial. Las implicaciones, en este sentido, son de muy diverso tipo y, por ello, debemos quedar a la espera de cuál será la postura que adoptará el TS en sus próximas sentencias.

⁷ Ley 31/2014, de 3 de Diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

⁸ Professor Andrew Chambers. (2012). *Chambers' Corporate Governance Handbook* (Fifth Edition). Bloomsbury Professional. Pág. 349. (“*The proper governance of companies will become as crucial to the world economies as the proper governing of countries*”).

3. ANTECEDENTES LEGALES

A fin de tener una visión más completa del enfrentamiento doctrinal y jurisprudencial que vamos a estudiar, conviene analizar el origen del mismo. El conflicto en torno a la regulación del sistema retributivo de administradores y consejeros ejecutivos, pese a estar de actualidad por la STS 98/2018 de 26 de febrero, no tiene su origen en esta sentencia sino que se remonta a muchos años atrás, antes incluso de la aprobación de la primera Ley de Sociedades de Capital. En este sentido, vamos a partir de la regulación contenida en la Ley de Sociedades Anónimas, más tarde analizaremos la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, por último, analizaremos la regulación que se dio en la Ley de Sociedades de Capital tomando en consideración el texto anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014.

3.1. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

En la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, “LSA”), dos son los artículos que debemos valorar a la hora de analizar la regulación del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos. En primer lugar, el artículo 130 de esta norma hace referencia a la retribución de los administradores, sin hacer distinción alguna entre aquellos con funciones meramente políticas y aquellos a los que se les ha delegado funciones técnicas de gestión. El artículo 130 de la LSA está compuesto por dos párrafos, el primero de ellos deriva directamente de la LSA de 1951 y el segundo fue añadido por la disposición adicional 19.2 de la Ley 55/1999, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁹.

Dicho artículo sostiene, entre otros aspectos, la obligación de hacer constar la retribución de los administradores bajo reserva estatutaria. En segundo lugar, la Sección Cuarta del citado texto legal (“Del Consejo de Administración”) en su artículo 141 regula la delegación de facultades por parte de este órgano. Si bien es cierto que no se hace referencia explícita a la retribución de los consejeros con facultades ejecutivas, no es menos cierto que el referido artículo sostiene que, siempre que los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario, el Consejo de Administración

⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*. Madrid, 2005. Thomson Civitas. Pág. 247.

podrá designar consejeros con funciones delegadas por aquel órgano. Así mismo, sostiene que la delegación permanente de facultades a favor de estos consejeros deberá aprobarse por las dos terceras partes del Consejo de Administración de la sociedad.

3.2. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

De acuerdo con el artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, "LSRL"), el cargo de administrador será gratuito salvo disposición en contrario en los estatutos de la sociedad, en los cuales se deberá fijar el sistema de retribución escogido para dicho cargo. Así mismo, se establece que, para el supuesto de que dicha retribución no consista en la participación en beneficios, el sistema escogido deberá ser fijado cada ejercicio por la Junta General.

3.3. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 31/2014

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En este sentido, uno de los aspectos más relevantes de esta reforma fue el relativo a la forma de determinar el sistema retributivo de los administradores, distinguiendo entre los administradores «en su condición de tales», esto es, aquellos con funciones de supervisión, y aquellos a los que se les había delegado funciones ejecutivas o de gestión.

En este sentido, si atendemos al texto de la LSC anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, la regulación del sistema retributivo de los administradores se ubica en el artículo 217 del mismo, el cual sostiene la exigencia de que la fijación del sistema retributivo de los administradores sea por acuerdo de la Junta General y de conformidad con lo previsto en los estatutos sociales.

Este texto (el anterior a la reforma), sin embargo, sí recoge en su artículo 249 una distinción entre los administradores «en su condición de tales» y aquellos consejeros delegados que pudieran ser nombrados por el Consejo de Administración, sin que esta distinción surta efectos en lo relativo al sistema retributivo.

De ello debe desprenderse, y así se ha venido recogiendo por la doctrina registral anterior a la reforma, que la forma de determinar y fijar el sistema de retribución es común para las figuras de administradores y consejeros con funciones ejecutivas, en tanto en cuanto el texto legal anterior a la reforma no incluye una distinción en lo relativo a la citada materia.

4. POSICIONES DOCTRINALES CONTRARIAS A LA PREVISIÓN ESTATUTARIA Y ANTERIORES A LA REFORMA DE LA LSC

4.1. DISTINCIÓN DE FUNCIONES: DELIBERATIVA Y EJECUTIVA

La problemática en torno a la exigencia de fijar bajo reserva estatutaria el sistema retributivo de administradores y consejeros delegados indistintamente, ha sido analizada y discutida ampliamente por la doctrina mercantilista en los últimos años.

Un sector de la doctrina se muestra reticente a reconocer una regulación unitaria para fijar el sistema retributivo de una y otra figuras societarias, en tanto en cuanto consideran que aquello que se estableció de forma teórica choca rotundamente con la práctica. Este es el rumbo que toma Cándido Paz-Ares, quien, haciendo referencia expresa al pensamiento del filósofo Immanuel Kant, sostiene que, “si efectivamente hay divorcio entre la teoría y la práctica, una de dos: o la teoría debe ser abandonada o la práctica corregida”¹⁰.

Y es que, como podremos advertir, la práctica societaria dista notablemente de la regulación legal que se daba a la fijación del sistema retributivo de los administradores, en tanto en cuanto el texto legal vigente con anterioridad a la reforma hablaba de la remuneración de administradores sin reparar que, en la praxis societaria, la condición de los administradores, entendida como las funciones inherentes a dicho cargo, está supeditada al tipo de estructura societaria en que nos encontremos.

Señala Cándido Paz-Ares que “la unidad de denominación no significa unidad de función”¹¹, tratando de explicar, así, que las funciones inherentes al cargo de administrador no son fijas sino que varían en función de la estructura societaria en la que se integre dicho cargo. En este sentido, tradicionalmente se han distinguido en toda sociedad dos funciones, la función política o deliberativa y la función técnica o

¹⁰ PAZ-ARES, Cándido. (2008). *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*. Barcelona, Enero 2008. INDRET (Revista para el análisis del Derecho) 1/2008. Pág. 5.

¹¹ PAZ-ARES, Cándido. (2008). *Op. cit.* Barcelona, Enero 2008. INDRET (Revista para el análisis del Derecho) 1/2008. Pág. 23.

ejecutiva¹², y cuatro formas de organizar la administración de la sociedad: administrador único, dos o más administradores conjuntos o mancomunados, varios administradores solidarios y Consejo de Administración¹³. Para los tres primeros casos, se entienden comunes al cargo de administrador tanto la función política o deliberativa como la técnica o ejecutiva. Sin embargo, para el supuesto de Consejo de Administración la función inherente al cargo de administrador únicamente se corresponde con la función deliberativa, en tanto en cuanto la función ejecutiva queda reservada a aquellos sujetos a los que el consejo les ha delegado tal función. Por ello, considera parte de la doctrina que la previsión estatutaria del sistema retributivo de administradores, en este último supuesto, debería limitarse a aquellos con función de supervisión, sin que por este motivo debiera verse ampliada tal previsión estatutaria a la retribución de las funciones ejecutivas encomendadas, aún cuando ostentara igualmente el cargo de administrador.

En esta misma línea, señala Fernando Sánchez Calero que “parece lógico que los miembros del consejo que ocupan algún cargo y los que sean consejeros ejecutivos perciban una remuneración superior a los simples consejeros no ejecutivos”¹⁴.

La aplicación de esta postura contraviene lo recogido por la denominada “teoría del vínculo”, fijada por STS de 29 de septiembre de 1988 por la que, cuando un consejero, además de ostentar la condición de administrador, realiza funciones ejecutivas dentro de la sociedad, “estas últimas quedan subsumidas por la relación mercantil como consejero ordinario”¹⁵. Así las cosas, “tratándose de la misma prestación de servicio, no pueden existir dos títulos jurídicos distintos –uno societario y otro laboral¹⁶- para gobernarla; y si existe, uno debe eliminarse o quedar absorbido en el otro. La opción

¹² SÁNCHEZ GIMENO, Sergio. (2002). *Los contratos –civiles o laborales- de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades*. Revista de Derecho Mercantil 245, 2002, pp. 1462-1463.

¹³ Véase art. 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”).

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op. cit.* Madrid, 2005. Thomsom Civitas. Pág. 260.

¹⁵ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. (julio, 2015). “Una «tercera vía» sobre el contrato de los consejeros ejecutivos”. Análisis GA&P Julio 2015. (<https://www.ga-p.com/media/k2/attachments/una-tercera-via-sobre-el-contrato-de-los-consejeros-ejecutivos.pdf>) (Consulta: 4 noviembre 2018).

¹⁶ Hace referencia a la relación laboral especial de alta dirección que existe entre el consejero ejecutivo y la sociedad y que surge a raíz del Real Decreto 1382/195, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

ha de tomarse atendiendo a la naturaleza del vínculo”¹⁷. Por ello, la relación laboral de alta dirección que le correspondería al consejero con funciones ejecutivas queda absorbida por la societaria que le corresponde a cualquier administrador. Esta “teoría del vínculo” ha seguido aplicándose aun cuando, a efectos de evitar su aplicación, se ha sustituido la relación laboral por una civil de arrendamiento de servicios. Es por ello que, de acuerdo con esta teoría, se hace inviable una compatibilidad de las figuras de administrador y consejero ejecutivo.

4.2. RELACIÓN NOMBRAMIENTO/FIJACIÓN DE RETRIBUCIÓN

Otro de los aspectos controvertidos y discutidos por la doctrina en lo que respecta a la remuneración de administradores y consejeros ejecutivos, es el relativo a la determinación del órgano encargado de fijar la remuneración de los referidos cargos.

Si tomamos en consideración la postura seguida por los defensores de la “teoría estándar”, es decir, aquella que defiende la previsión estatutaria para la fijación del sistema retributivo de los administradores englobando en el término “administradores” a aquellos cargos con funciones tanto ejecutivas como de supervisión, debe entenderse, tal y como se desprende del texto legal, que el órgano competente para la determinación del sistema retributivo sea la Junta General, en tanto en cuanto es el órgano encargado de designar dichos administradores.

No obstante, si tomamos en consideración la distinción entre la función de supervisión y la función de gestión, parece razonable, atendiendo a lo expuesto anteriormente, que la Junta General sea únicamente competente para la fijación del sistema retributivo en lo relativo a la función por la que ha designado a dicho cargo. En un sentido práctico, para el supuesto de un administrador con funciones ejecutivas, dado que el nombramiento de administrador, entiéndase éste como el cargo con función de supervisión dentro de la sociedad, lo ha llevado a cabo la Junta General, procede también la fijación de la retribución por dichas funciones a este mismo órgano. Sin embargo, en lo que respecta a las funciones ejecutivas, la delegación de dichas funciones nace como consecuencia del nombramiento efectuado por otro órgano, el

¹⁷ PAZ ARES, Cándido. (2008). *Op. cit.* Barcelona, Enero 2008. INDRET (Revista para el análisis del derecho) 1/2008. Pág. 13.

Consejo de Administración. Siguiendo esta relación “nombramiento/fijación de retribución”, parece razonable fijar al Consejo de Administración como el competente para establecer el sistema retributivo de las funciones ejecutivas¹⁸.

Cándido Paz-Ares justifica la relación “nombramiento/fijación de retribución” del modo que sigue: “En primer lugar, porque la delegación orgánica o contractual de facultades no es un acto necesario del consejo, sino facultativo”(…). En segundo término, porque la delegación de facultades puede hacerse con un alcance mayor o menor, lo cual ha de tener algún reflejo en la retribución”(…). Finalmente, porque las condiciones de desempeño de las facultades delegadas son fijadas por el propio consejo de administración”¹⁹.

Analizando lo argumentado hasta el momento por esta parte de la doctrina, podemos advertir que la incorporación del artículo 249.3 de la LSC con la reforma operada por la Ley 31/2014, responde, en parte, a las pretensiones encaminadas a reconocer la distinción de las funciones ejecutivas y de deliberación en el ámbito societario así como a otorgar la competencia para la fijación del sistema retributivo al mismo órgano encargado del nombramiento. A modo ilustrativo, debemos destacar el papel que ha jugado Cándido Paz-Ares, uno de los mayores defensores de la postura contraria a la previsión estatutaria, en su condición de vocal permanente de la Comisión General de Codificación, así como miembro de la Comisión Olivencia y de la Comisión Aldama, cuyos informes sirvieron de base para la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014²⁰.

¹⁸ PAZ ARES, Cándido. (2008). *Op. cit.* Barcelona, Enero 2008. INDRET (Revista para el análisis del derecho) 1/2008. Pág. 30.

¹⁹ PAZ ARES, Cándido. (2008). *Op. cit.* Barcelona, Enero 2008. INDRET (Revista para el análisis del derecho) 1/2008. Pág. 31.

²⁰ Cándido Paz-Ares ha sido, además, miembro de la Comisión de Expertos designada por el Gobierno para la mejora del gobierno corporativo tanto a nivel legislativo como de código de buen gobierno (<https://www.uria.com/pdf/es/abogados/ficha.pdf?iniciales=CPA&lang=es>).

5. REFORMA DE LA LSC OPERADA POR LA LEY 31/2014

La búsqueda de mayores garantías en materia de gobierno corporativo en las sociedades españolas dio lugar a la creación de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo. Esta Comisión nace por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 10 de mayo de 2013 con el fin de poner sobre la mesa una serie de propuestas para “garantizar el buen gobierno de las empresas, con la intención de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas”²¹. De esta Comisión surge el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, que sirvió de base para la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014. La reforma se centró fundamentalmente en medidas que afectan al órgano de gobierno de las sociedades, tanto en lo relativo a la junta general como al órgano de administración y, en particular, al consejo de administración.

En lo relativo al órgano de junta general, se ha intentado dar mayor cobertura al grupo accionarial, otorgándoles mayores competencias en la gestión de la sociedad, mayor participación y mayor información.

En lo relativo al órgano de administración, lo que se busca a través de esta reforma es una mayor transparencia, objetivo concomitante con los fines perseguidos por la variada regulación en materia de gobierno corporativo.

Vamos a acotar nuestro estudio a los cambios en materia retributiva en sociedades no cotizadas acaecidos a raíz de la reforma operada por la ley 31/2014.

Por lo que respecta al cargo de administrador²², se sigue la máxima de que el cargo de administrador es gratuito salvo que, por previsión estatutaria, se establezca lo contrario, en cuyo caso deberá determinarse el sistema de retribución

²¹ 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 de 2015. Publicado en www.uria.com (https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LSC.pdf?id=5846)
Consulta: 6 de noviembre de 2018

²² En este sentido, hacemos referencia al cargo genérico de administrador que regulan los artículos 217 y siguientes de la LSC, sin entrar a valorar la conflictiva cuestión de las funciones inherentes a dicho cargo en relación con los distintos tipos de estructura societaria. Pese a que pueden confundirse las figuras de administrador y consejero ejecutivo, en lo relativo a las funciones de cada uno, más si cabe tras la polémica que por medio de este trabajo analizamos, conviene señalar que en este estudio se va a

Una de las novedades que incluye la Ley 31/2014 es que, el sistema retributivo de los administradores deberá determinar los conceptos por los que un administrador puede ser retribuido. Así mismo, se establece que la junta general tiene potestad para fijar el importe máximo de la remuneración anual de los administradores, permaneciendo éste vigente en tanto en cuanto no se apruebe su modificación.

Se mantiene, según lo previsto en el texto de la LSC anterior a la reforma, la regulación relativa a la retribución de los administradores vía participación en beneficios y, en el caso de las sociedades anónimas, vía entrega de acciones, opciones sobre acciones o similar.

Otra de las principales novedades se encuentra en el apartado cuarto del artículo 217, que limita la retribución de los administradores, exigiendo que ésta sea acorde con la importancia de la empresa, los resultados económicos de la misma y los estándares de mercado en relación con empresas similares²³.

Uno de los aspectos que incorpora la reforma y que ha contribuido a la formación de la disputa doctrinal que se analiza en el presente trabajo es la referencia al sistema retributivo a percibir por los administradores «en su condición de tales»²⁴. Es ésta referencia la que hace plantearse a una parte de la doctrina el objeto de esta nueva regulación y el alcance que pretende dar el legislador, atendiendo a las funciones de administradores y consejeros ejecutivos.

En lo relativo a las disposiciones que regulan la retribución de los consejeros con delegación de funciones ejecutivas, debemos destacar la incorporación del apartado tercero y cuarto del artículo 249.

Si bien antes de la reforma se hacía referencia a la posibilidad de delegar facultades ejecutivas en el consejo de administración, únicamente se fijaba como requisito el voto

tratar de ser lo más objetivo posible, sin aportar, por el momento, una valoración personal sobre las funciones que le son propias a cada una de las figuras antes mencionadas.

²³ MARTÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. “La Ley de Reforma de la LSC: La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital”. Análisis Gómez-Acebo & Pombo. Abril 2015. Publicado en [www.ga-p.com](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-reforma-de-la-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital.pdf) (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-reforma-de-la-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital.pdf>) Consulta: 6 de noviembre de 2018

²⁴ Cuadro comparativo del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tras su modificación 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. Aranzadi Instituciones (Thomson Reuters). MIX 2014/948333. Publicado en www.aranzadidigital.es. Consulta: 6 de noviembre de 2018.

favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo de administración y su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

Tras la reforma, se fija un nuevo requisito en el apartado tercero del artículo 249, el cual es la celebración de un contrato entre el consejero al que se le han delegado funciones ejecutivas y la propia sociedad, que, tras su aprobación, deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión. La aprobación del referido contrato requiere el voto favorable de las dos terceras partes del consejo de administración, sin que pueda el consejero afectado ni asistir a la deliberación ni participar en la votación.

Sostiene el apartado cuarto del nuevo artículo 249 que en este contrato se detallarán “todos los conceptos por los que el consejero pueda ser retribuido por el desempeño de sus funciones ejecutivas”, sin que pueda ser retribuido el consejero por cualquier otro concepto no incluido en el contrato suscrito entre éste y la sociedad. Así mismo, se establece que la retribución acordada en el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada por la junta general.

Por último, otro de los artículos incorporados a través de la reforma es el 249 bis. y que hace referencia a las facultades indelegables por parte del consejo de administración²⁵. En el apartado i) sostiene que el consejo de administración no podrá, en ningún caso, delegar “las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario, y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general”.

En definitiva, a estos efectos, lo que, por medio de la reforma de la LSC, ha derivado en un conflicto doctrinal, es la duda en torno a si la fijación de la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas debe constar en los estatutos de la empresa. Y ello porque, si bien en la nueva normativa, se hace una distinción entre las figuras de administrador y consejero ejecutivo y se fijan requisitos distintos en lo relativo a la retribución, no puede desprenderse del tenor literal del texto la voluntad del legislador en cuanto a que los requisitos recogidos en los preceptos legales del 217 y 249 se

²⁵ En el texto legal anterior a la reforma, las facultades indelegables del consejo de administración se recogían en el apartado segundo del artículo 249 de una manera mucho más sucinta que en la actual regulación.

apliquen de forma cumulativa o alternativa, y es ahí donde radica el núcleo del conflicto.

6. CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA REGISTRAL

La doctrina de la DGRN en lo relativo a la forma de fijar el sistema retributivo de administradores y consejeros ejecutivos ha experimentado una gran evolución, que se corresponde con la evolución experimentada por la LSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014.

Con anterioridad a la reforma, las distintas resoluciones de la DGRN coincidían en la exigencia de previsión estatutaria a la hora de fijar el sistema retributivo de los administradores sociales. Así puede desprenderse de Resoluciones como R. 12.11.2003, R. 16.02.2013, R. 07.03.2013 o R. 17.06.2014. La Resolución de la DGRN de fecha 12 de noviembre de 2003 sostiene en su fundamento de derecho único “la necesidad de que de existir la retribución se prevea de forma expresa en los estatutos”²⁶. En la línea de esta última calificación y con base en la regulación de la LSC anterior a la reforma, la Resolución de la DGRN de fecha 16 de febrero de 2013, subraya que “el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos”²⁷. En términos similares se pronuncian las restantes resoluciones citadas, cuyo argumentario omitiremos a fin de no caer en reiteración.

A partir de la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014, la doctrina de la DGRN toma una nueva dirección. Una de las primeras y más importantes resoluciones al respecto es la Resolución de la DGRN de fecha 30 de julio de 2015, en la que, por primera vez, la DGRN reconoce una regulación diferenciada para fijar el sistema retributivo de administradores y de consejeros con funciones ejecutivas, tomando en consideración la incorporación del apartado tercero del artículo 249 así como el artículo 529 octodecimos, si bien nuestro estudio se acotará al ámbito de las sociedades

²⁶ Resolución de 12 de noviembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Discover Capital, S.L., frente a la negativa de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, a inscribir una norma de sus estatutos sociales (R. 12.11.2003). Publicado en el BOE con fecha 18 de diciembre de 2003, núm. 302, sec. III, pág. 45129-45130.

²⁷ Resolución de 16 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, 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 (R. 16.02.2013). Publicado en el BOE con fecha 19 de marzo de 2013, núm. 67, sec. III, pág. 21987-21993.

no cotizadas. Así lo recoge en el fundamento de derecho segundo de la citada resolución, haciendo alusión a la propuesta contenida en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 que sirvió de base para la modificación de la LSC operada por la ley 31/2014. En este sentido, sostiene la resolución que “de la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con los requisitos que establece dicho precepto (...)”²⁸.

En esta misma posición se sitúa la Resolución de la DGRN de fecha 5 de noviembre de 2015, que reproduce el argumentario contenido en la Resolución de la DGRN de fecha 30 de julio de 2015.

Por último, cabe destacar el contenido de las Resoluciones de la DGRN de fecha 10 de mayo de 2016 y 17 de junio de 2016, que vienen a reiterar la diferencia que, con la incorporación del apartado tercero del artículo 249 de la LSC a raíz de la Ley 31/2014, existe entre administradores y consejeros ejecutivos a la hora de regular el sistema retributivo de unos y otros. Sostiene la citada resolución de fecha 17 de junio de 2016 que “después de las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, si los estatutos establecen el carácter retribuido del cargo de administrador deberán determinar el sistema de remuneración especificando el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores «en su condición de tales» (artículo 217, apartados 1 y 2). Pero, por otra parte, se dispone que si un miembro del Consejo de Administración es nombrado consejero delegado o se le atribuyen funciones ejecutivas en virtud de otro título será necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad, en el cual se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una «retribución por el desempeño de funciones ejecutivas» (...). En definitiva, conceptualmente, deben separarse dos supuestos: el de retribución de

²⁸ Resolución de 30 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid a inscribir una escritura de modificación de estatutos sociales de dicha entidad (R. 30.07.2015). Publicado en el BOE con fecha 30 de septiembre de 2015, núm. 234, sec. III y pág. 88801-88809.

funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo”²⁹.

De todo lo expuesto debe desprenderse que, con la modificación de la LSC operada por la Ley 31/2014, la posición adoptada por la DGRN con respecto a la regulación del sistema retributivo de administradores y consejeros delegados ha sufrido una notable evolución, manteniendo en la actualidad un criterio de reconocimiento del régimen dualista en el que se distingue entre administradores «en su condición de tales» y aquellos a los que les han sido encomendadas funciones ejecutivas de gestión.

Sin embargo, esta aplicación alternativa y no cumulativa de los artículos 249.3 y 217 de la LSC por parte de la DGRN, parece no convencer a cierta parte de la doctrina mercantilista. En esta dirección, sostiene Luís Fernández del Pozo que “es posible una lectura del art. 249 LSC que permita la aplicación cumulativa de los preceptos”. Y continúa así, “no me convence el argumento pedestre según el cual el art. 249 LSC es una *Lex specialis* que excusa o excepciona la aplicación de la regla general contemplada en el art. 217.3 LSC como *Lex generalis*”³⁰.

²⁹ Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, 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. Publicado en el BOE con fecha 21 de julio de 2016, núm. 175, sec. III, pág. 51301-51305.

³⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís. (2015). *Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC*. Diario La Ley, Nº8634, Sección Documento online, 28 de octubre de 2015, Editorial LA LEY. Disponible en www.laleydigital.laley.es (Consulta: 28 de octubre de 2018)

7. SENTENCIA 98/2018, DE 26 DE FEBRERO, DICTADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con fecha 26 de febrero de 2018, la Sección 1ª de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) dictó sentencia resolviendo el recurso de casación 3574/2017 respecto de la sentencia 295/2017 de 30 de junio dictada por la sección 15ª de la AP de Barcelona. Los antecedentes directos a esta sentencia los encontramos en la calificación negativa del Registrador Mercantil con respecto a la inscripción registral de la escritura que elevaba a público el acuerdo adoptado por Junta General Universal por el que se aprobaba un nuevo artículo de los estatutos de la sociedad GABINETE DE RECOMENDACIONES DE ESTRATEGIA AS-3, S.L. referente a la retribución de los administradores. El referido artículo tenía la siguiente redacción:

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

Según Jesús Alfaro, de la redacción del artículo debe desprenderse claramente que nos encontramos ante un “pleito impostado”³¹ ya que, según sostiene, ningún asesor sensato habría incluido la expresión “sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios” por innecesaria. Para Jesús Alfaro, el objetivo era lograr la calificación negativa del Registrador e iniciar así un proceso judicial que obligase a los jueces a pronunciarse acerca de la cuestión.

Ante la calificación negativa del Registrador, se interpuso demanda que fue desestimada íntegramente por el Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona, reafirmando este Juzgado en los argumentos esgrimidos por el Registrador. La parte

³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. (marzo, 2018) *La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales*. Publicado en Almacén de Derecho (<https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>). Consulta: 10 de noviembre de 2018.

demandante recurrió en apelación la sentencia desestimatoria. La AP de Barcelona admitió el recurso presentado por la parte recurrente y estimó en parte las pretensiones de esta última.

La sentencia de la AP de Barcelona parte de la regulación de la LSC anterior a la reforma para, más adelante, incidir en el régimen dualista que, a través de la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014, considera debe existir en lo relativo a la remuneración de administradores y consejeros ejecutivos.

Para reforzar esta consideración, la AP hace referencia a las Resoluciones de la DGRN posteriores a la reforma así como a la posición de parte de la doctrina. En definitiva, lo que se discute es la aplicación cumulativa o alternativa de los artículos 217 y 249 de la LSC para los consejeros ejecutivos. Para la AP resulta de gran relevancia la especificación de “administradores «en su condición de tales»” que la nueva redacción de la LSC da al artículo 217. En este sentido, considera la AP que no deben aplicarse de manera cumulativa los citados preceptos porque, si bien es cierto que los consejeros ejecutivos tienen la condición de administradores, la nueva redacción de la LSC tiende a separar los cargos de administrador y consejero ejecutivo según las funciones, distinguiendo entre la función deliberativa, que se entiende inherente al cargo de administrador, y la ejecutiva, que deriva de la delegación de facultades a favor del consejero ejecutivo. A estos efectos, sostiene la citada resolución que “la expresión «en su condición de tales» no puede ser baladí o superflua, como sugiere el demandado, sino que se introduce en la Ley con el propósito de delimitar y restringir la reserva estatutaria en el sistema de remuneración de los administradores”³².

La referida resolución de la AP mantiene su defensa del régimen dualista en la retribución de administradores y consejeros ejecutivos pese a que remarca la preocupación que existe en torno a la posible pérdida de transparencia con la nueva regulación legal. Sostiene en este sentido, “somos conscientes que el cambio legal puede comprometer la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo, sobre todo en las llamadas sociedades cerradas que pueden buscar la forma de

³² Sentencia núm. 295/2017 de 30 de junio dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolviendo recurso de apelación núm. 254/2016 contra la sentencia 241/2015 de 27 de noviembre dictada por el Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona (Punto 23 del Fundamento Jurídico Cuarto).

administración mediante un órgano colegiado y consejero delegado con la finalidad de eludir los controles de la junta”³³.

La sentencia del TS resolviendo recurso de casación interpuesto por el Registrador, sigue la misma estructura que la sentencia de la AP. Comienza haciendo referencia a la regulación anterior a la reforma de la LSC, en la cual se daba un tratamiento unitario a la retribución de administradores y consejeros ejecutivos de las sociedades no cotizadas, según se desprende de las distintas sentencias del TS así como de las Resoluciones de la DGRN al respecto. Para el TS, “la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial favorecer la máxima información a los socios para facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia especialmente sensible”³⁴.

En su Fundamento Jurídico Sexto, la sentencia del TS comienza a argumentar su posición con respecto a la cuestión. El TS difiere de la interpretación dada por la AP y por las últimas resoluciones de la DGRN al respecto y sostiene que no debe sustraerse de la redacción del art. 217 de la LSC que éste deba aplicarse únicamente a los administradores que no tengan la consideración de consejeros ejecutivos, en tanto en cuanto el artículo no distingue entre categorías de administradores según sus funciones ni tampoco entre formas de estructurar la administración de la sociedad. Además, para el TS, de la expresión “administradores «en su condición de tales»” no debe desprenderse que la función inherente al cargo de administrador sea únicamente la de carácter político o de supervisión, pues entiende este tribunal que al cargo de administrador también es inherente la función técnica o ejecutiva, sin perjuicio de que ésta última pueda delegarse en algún miembro del consejo de administración para el supuesto de adoptarse esta forma compleja de administración. Entiende el TS que, por una parte el administrador puede delegar esas funciones ejecutivas porque, efectivamente, son funciones que le corresponden a él en su condición de

³³ Sentencia núm. 295/2017 de 30 de junio dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolviendo recurso de apelación núm. 254/2016 contra la sentencia 241/2015 de 27 de noviembre dictada por el Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona (Punto 26 del Fundamento Jurídico Cuarto).

³⁴ Referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dada por la STS 98/2018 de 26 de febrero

administrador y, por otra parte, el consejero ejecutivo puede aceptar la delegación de dichas funciones ejecutivas porque su condición de administrador le permite recibir ese encargo.

Al respecto, expresa la mencionada sentencia que “nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas sociales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas”³⁵.

El TS también argumenta su posición a través del art. 249.bis de la LSC que regula las facultades indelegables por parte del consejo de administración. En su apartado i), el referido artículo señala que no será delegable, en ningún caso, por parte del consejo de administración de una sociedad, “las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general” (art. 249. Bis i)). Entiende el TS que el artículo no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos cuando habla de “marco estatutario” y que, por tanto, debe entenderse aplicable a cualquiera de ellos y, por ende, misma aplicación debe darse al artículo 249 precedente.

Tampoco entiende el Alto Tribunal que el art. 217 vaya únicamente destinado a los administradores no ejecutivos en tanto en cuanto los artículos 218 y 219 se constituyen como un desarrollo del 217 y regulan formas de retribuciones típicas de los consejeros ejecutivos.

Por último, el TS apela a la falta de transparencia que con la interpretación de la AP y la DGRN se produciría en torno a la fijación de la retribución de los consejeros ejecutivos, en clara contradicción con los objetivos que propugna la reforma y que son acordes a las propuestas de buen gobierno.

En definitiva, la sentencia del TS propugna la aplicación cumulativa de los artículos 217 y 249 para fijar el sistema retributivo de los consejeros delegados, distinguiendo 3 niveles: estatutos sociales, acuerdos de la junta y contrato suscrito entre el consejero

³⁵ Sentencia 98/2018, de 26 de febrero, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolviendo Recurso de Casación núm. 3574/2017 contra la sentencia 295/2017 de 30 de junio dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Punto 4 del Fundamento Jurídico Sexto).

ejecutivo y la sociedad³⁶. Entiende el Alto Tribunal que los artículos 217 a 219 contienen el régimen general para la fijación del sistema retributivo de administradores y el 249 contiene las especialidades previstas para los consejeros ejecutivos y, con base en ello, deriva la voluntad por parte de este Tribunal de llevar a cabo una aplicación cumulativa de los artículos.

³⁶ Sentencia 98/2018, de 26 de febrero, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolviendo Recurso de Casación núm. 3574/2017 contra la sentencia 295/2017 de 30 de junio dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Puntos 16, 17 y 18 del Fundamento Jurídico Sexto).

8. POSICIONES DOCTRINALES CONTRARIAS A LA TESIS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Vamos a centrar la oposición a la sentencia en la opinión de Jesús Alfaro Águila-Real y Cándido Paz-Ares, dos grandes juristas contrarios a la previsión estatutaria para la fijación del sistema de retribución de los consejeros ejecutivos o, dicho de otro modo, contrarios al tratamiento unitario del sistema retributivo de administradores y consejeros ejecutivos.

Una de las mayores críticas por parte de la doctrina con respecto al contenido de la sentencia, es la relativa a la interpretación de la expresión “administradores «en su condición de tales»” que lleva a cabo el Alto Tribunal. Para Jesús Alfaro, resulta llamativo que la STS no considere relevante la inclusión de esta fórmula tras la incorporación de los artículos 249, en referencia a las sociedades no cotizadas, y 529 septdecies y octodecies, en referencia a las sociedades cotizadas. Así, sostiene lo siguiente:

“Parece de cajón que, ante la insistencia del legislador, algún significado tiene que tener la expresión “en su condición de tales” y que ese significado ha de determinarse teniendo en cuenta el criterio sistemático y los cambios introducidos por el legislador en la misma reforma legal en otros preceptos de la ley, singularmente, en el art. 249 y en los arts. 529 septdecies y octodecies”³⁷.

Del mismo modo, entiende Cándido Paz-Ares que no debe pasar desapercibido este cambio en la LSC, quien considera que esta expresión actúa como un mecanismo aclaratorio de que el artículo 249 es una especialidad dentro del régimen general de retribuciones de los administradores contemplado en el artículo 217³⁸. De este modo, sostiene Cándido Paz-Ares lo siguiente:

³⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (marzo, 2018). *Op. cit.*. Publicado en Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>).

Consulta: 13 de noviembre de 2018. Pág. 7.

³⁸ Como podemos advertir, existe un punto en común entre la doctrina contraria a la previsión estatutaria del sistema retributivo de consejeros ejecutivos y el TS (entiéndase ampliado a la doctrina favorable al tratamiento unitario del sistema retributivo de administradores y consejeros ejecutivos), en cuanto al reconocimiento de un régimen general por parte del 217 LSC y un régimen especial por parte del 249 LSC destinado a los consejeros ejecutivos. En lo que difieren sustancialmente ambas corrientes

“Me refiero al famoso predicado “*en su condición de tales*” contenido en el art. 217.2 LSC, cuyo significado –en el caso de que la administración se haya confiado a un consejo– es limitar el ámbito de aplicación de la regla general a la retribución de las funciones que desempeñen los consejeros *qua* consejeros (...), lo que virtualmente implica excluir de dicho ámbito de aplicación la retribución que perciban *qua* ejecutivos (...), que es regulada *aliunde*, cabalmente en el art. 249 LSC, sede del régimen especial”³⁹.

Candido Paz-Ares, en aras de poner énfasis a la expresión incorporada por la reforma, alude al principio de “interpretación productiva”, argumentando que, según las consideraciones del TS reflejadas en su sentencia 98/2018 de 26 de febrero, las novedades incorporadas a través de la Ley 31/2014 en materia de retribuciones de administradores y consejeros ejecutivos carecen de efectos⁴⁰.

Añade el autor, en este sentido, lo siguiente:

“Si nos fijamos bien, advertimos que la estrategia del Tribunal Supremo consiste en atender sólo al *contenido semántico* de las palabras utilizadas por la ley (...). Bajo esta perspectiva, tenemos que conceder que la expresión de funciones del administrador “en su condición de tal” podría comprender todas las funciones de administración dejando fuera solo las funciones extrañas a la administración. Pero (...) lo que comunicamos no es solo el resultado del *contenido semántico*, sino también del *contenido pragmático* o, para ser más exactos, el resultado de la interacción o enriquecimiento del primero por el segundo. (...). En el entorno o ambiente histórico y doctrinal en que el legislador la utiliza, no hablo ya del marco general de la ley y sus disposiciones en materia de cotizadas, es obvio que la expresión administradores “en su condición de tales” no puede referirse a todos los administradores bajo el

es en la aplicación cumulativa o alternativa de los citados preceptos legales, justificándose ambas posturas en la existencia de los dos regímenes (general y especial).

³⁹ PAZ-ARES, Cándido. (2018). *Perseverare diabolicum*. Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018. Pág. 12.

⁴⁰ PAZ-ARES, Cándido. (2018). *Op. cit.* Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018. Pág. 10.

argumento tautológico de que todos lo son en su condición de tales, no hay otra forma de ser administrador.”⁴¹.

Para ambos autores, el origen de este error interpretativo por parte del TS se encuentra en la ausencia de distinción por parte del Alto Tribunal entre administraciones simples y complejas.

Otro de los argumentos que esgrime la sentencia se encuentra en el apartado i) del art. 249.bis de la LSC. El artículo, como ya hemos expuesto anteriormente, hace referencia a las facultades indelegables por parte del Consejo de Administración. El apartado i) se refiere a la retribución de los consejeros y hace referencia a su constancia en el marco estatutario, circunstancia que aprovecha la sentencia para definir su posición con respecto al conflicto de interpretación. Sin embargo, ambos autores coinciden en que el TS parte de una asunción errónea del articulado, y que esa retribución a la que hace referencia el apartado i) no es la retribución de los consejeros ejecutivos, sino todo lo contrario, la de los consejeros no ejecutivos⁴².

Cándido Paz-Ares va más allá a la hora de explicar la intencionalidad del legislador, y lo hace contraponiendo la literalidad del apartado i) con la del apartado g). Esto le lleva a sostener lo siguiente:

“Nótese que el argumento omite –no digo que de modo calculado– cualquier alusión a la precedente letra g) del mismo art. 249-bis LSC, esa sí inequívocamente circunscrita a los consejeros ejecutivos, la cual reveladoramente no contiene referencia alguna (...) al marco estatutario”⁴³.

También hace referencia la sentencia a los artículos 218 y 219, relativos al tipo de retribución consistente en participación en beneficios (art. 218) y aquella consistente en la entrega de acciones, opciones y similares (art. 219 LSC). La STS defiende que se trata de supuestos de retribución típicamente destinados a consejeros ejecutivos y

⁴¹ PAZ-ARES, Cándido. (2018). *Op. cit.* Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018. Pág. 16.

⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (marzo, 2018). *Op. cit.* Publicado en Almacén de Derecho (<https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>). Consulta: 13 de noviembre de 2018. Pág. 20.

⁴³ PAZ-ARES, Cándido. (2018). *Op. cit.* Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018. Pág. 23.

que, por ende, dado que considera estos artículos como un desarrollo del art. 217 LSC, debe entenderse que este último le es también de aplicación a los consejeros ejecutivos. Para Jesús Alfaro, el hecho de que mayoritariamente se haga uso de estos instrumentos para la retribución de consejeros ejecutivos, no implica que esté prohibido su uso para otro tipo de consejeros⁴⁴. Por su parte, Cándido Paz-Ares considera que la participación en beneficios, a diferencia de la entrega de acciones u opciones, es un instrumento de retribución no sólo pensado para los consejeros ejecutivos. Sin embargo, sí que coincide con el TS en que la entrega de acciones u opciones es un instrumento típicamente destinado a retribuir a consejeros ejecutivos. No obstante, para Cándido Paz-Ares no supone un argumento válido para la defensa de la posición asumida por el TS sino más bien todo lo contrario:

“Solo partiendo de la premisa de que la regla general del art. 217 LSC no se aplica a los consejeros ejecutivos, se le encuentra sentido genuino a la regla especial del art. 219 LSC. En caso contrario, el precepto sobraría, pues ¿a santo de qué reiterar para una modalidad retributiva particular lo que con carácter general –la necesidad de constancia estatutaria y de aprobación de la junta– ya está establecido para todas ellas?”⁴⁵

Por último, la sentencia apela a la transparencia y a la protección de los socios, objetivos que, efectivamente, se ponen de relieve con la reforma de la LSC y con los informes de buen gobierno que sirvieron de base a esta reforma.

Jesús Alfaro sostiene, al respecto, que la nueva regulación no reduce en modo alguno la transparencia ni priva a los socios de solicitar la pertinente información sobre la retribución de los consejeros ejecutivos⁴⁶. Jesús Alfaro ya defendió esta posición con anterioridad a la sentencia y lo hacía poniendo el énfasis en el mayor control existente en las sociedades no cotizadas, en tanto en cuanto, el porcentaje de participación va a ser generalmente más alto y, con ello, las posibilidades de convocar una junta

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (marzo, 2018). *Op. cit.* Publicado en Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>). Consulta: 13 de noviembre de 2018. Pág. 10.

⁴⁵ PAZ-ARES, Cándido. (2018). *Op. cit.* Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018. Pág. 20.

⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (marzo, 2018). *Op. cit.* Publicado en Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>). Consulta: 13 de noviembre de 2018. Pág. 23.

aumentan en comparación con las sociedades cotizadas en las que debe existir un control más centralizado por la gran cantidad de socios con pequeñas participaciones. Por otra parte, el autor defiende que, en el supuesto de socios minoritarios, la vía más segura y que ofrece una mayor protección de los intereses de estos a la hora de denunciar retribuciones abusivas es la vía judicial⁴⁷.

Por su parte, Cándido Paz-Ares, en sintonía con lo expuesto por Jesús Alfaro, sostiene que la transparencia no se ve afectada por la incorporación del artículo 249 como regla especial para la fijación del sistema retributivo de consejeros ejecutivos, en tanto en cuanto entiende la transparencia como la aportación de información y ésta se lleva a cabo según lo dispuesto por el artículo 260.11 LSC que hace referencia al contenido de la Memoria. En cuanto a los mecanismos de control, el autor se ciñe a lo ya expuesto en relación con la posibilidad de forzar una convocatoria de junta para los socios con participaciones superiores al 5% del capital total, supuesto que se da con mayor frecuencia en las sociedades no cotizadas y que, por ello, conduce a una regulación más sucinta y una descentralización mayor del control⁴⁸.

⁴⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. (2018). *La regulación de la retribución de los administradores en sociedades no cotizadas*. Publicado en Almacén de Derecho (<https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2015/10/hay-quien-no-se-resigna-no-tener-razon.html>). Consulta: 14 de noviembre de 2018. Págs. 6-7.

⁴⁸ PAZ-ARES, CÁNDIDO. (2018). *Op.cit.* Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018. Págs. 30-32.

9. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

El giro jurisprudencial dado por la STS 98/2018 en lo relativo a los requisitos exigidos para la fijación del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos, trae consigo una serie de cambios que la sociedad deberá aplicar para ajustarse a la nueva interpretación legal.

9.1. CONSECUENCIAS LABORALES

La decisión adoptada por el TS en su STS 98/2018 de 26 de febrero nos devuelve directamente a la aplicación de la doctrina del vínculo. Recordemos que dicha doctrina surge principalmente con la STS de 29 de septiembre de 1988 (Caso Huarte) y prohíbe la compatibilidad de dos relaciones (una societaria y otra laboral) para una misma figura, la del consejero con funciones ejecutivas, debiéndose optar por la relación societaria de acuerdo con la naturaleza del vínculo que une al referido consejero con la sociedad.

Esto último trae como consecuencia directa la imposibilidad de aplicar el régimen laboral al consejero con funciones ejecutivas, fundamentado en lo dispuesto por el art. 1.3 c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴⁹. Se debate como una de las posibles consecuencias de esta nueva interpretación en el ámbito laboral que, de producirse el cese del consejero ejecutivo y proceder este a reclamar indemnización por cese, dicha retribución no se reconozca en el marco laboral por no tratarse de una relación laboral pero tampoco en el marco civil por no fundarse en una previsión estatutaria. Por último, otra de las posibles consecuencias tras la sentencia dictada por el TS, sería la posibilidad que tiene la sociedad de ejercitar la acción social de responsabilidad contra el consejero ejecutivo solicitando la devolución de la retribución entregada, por no ajustarse ésta a los requisitos exigidos y poder la sociedad alegar que se trata de un supuesto de “retribuciones tóxicas”⁵⁰.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ CAMPINS VARGAS, AURORA. (agosto, 2014). “Retribución de administradores ejecutivos. Dónde estamos y a dónde vamos”. Publicado en el blog de Jesús Alfaro Águila-Real (<https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/08/retribucion-de-administradores.html>).

9.2. CONSECUENCIAS FISCALES

En el ámbito fiscal, las consecuencias, si bien varían en función del impuesto en que nos encontremos, se centran en la posible determinación de la retribución de los consejeros ejecutivos como gasto fiscalmente deducible.

En primer lugar, por lo que respecta al Impuesto sobre Sociedades (IS), para el cálculo de la base imponible se toma como referencia el resultado contable. Las retribuciones de los administradores, en este sentido, tienen la condición de gasto fiscal y, por tanto, pueden ser deducibles⁵¹. Con fecha 12 de marzo de 2009, la Dirección General Tributaria (en adelante, "DGT"), emitió un informe determinando que los gastos relativos a retribuciones de administradores de sociedades mercantiles tenían carácter de gasto fiscalmente deducibles cuando el estatuto establezca el carácter retribuido del cargo, aunque no se cumpla escrupulosamente con los requisitos recogidos en la norma mercantil al respecto⁵². En definitiva, tras la reciente sentencia y partiendo de la base del carácter unitario que da la misma a la condición de administrador y consejero ejecutivo, de ello debe desprenderse que, las retribuciones de consejeros ejecutivos fijadas con anterioridad a la sentencia y no contempladas en el marco estatutario, no pueden ser consideradas como gasto fiscalmente deducible para la sociedad.

En segundo lugar, con respecto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), existe menos dificultad, en tanto en cuanto, entiende la DGT que, mientras no se le exija al consejero ejecutivo la devolución de las cantidades percibidas en concepto de retribución por sus funciones ejecutivas sin previsión estatutaria, dicho consejero deberá tributar por las referidas cantidades con independencia de si el modo de proceder a la hora de fijar la retribución ha sido o no conforme a Derecho⁵³,

⁵¹ MARÍN BENÍTEZ, GLORIA. (marzo, 2012). "Los consejeros ejecutivos en el Derecho Tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo". Publicado en Uría Menéndez (https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3517/documento/gloria_marin.pdf?id=5089). Págs. 16-19.

⁵² Informe 5/2009, de 12 de marzo, emitido por la Dirección General de los Tributos

⁵³ MARÍN BENÍTEZ, GLORIA. (marzo, 2012), *Op. cit.*, pág. 25.

todo ello tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley General Tributaria⁵⁴.

Por último, este giro jurisprudencial puede tener también influencia en el Impuesto sobre el Patrimonio. En ese sentido, el artículo 4 apartado d) de la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁵⁵, que modifica lo expuesto en este sentido por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio⁵⁶, establece como requisito para la exención del citado impuesto la propiedad de participaciones cuando “el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por ciento de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal”⁵⁷. Tras lo fijado por la sentencia, puede valorarse la imposibilidad de aplicar esta exención por encontrarnos con retribuciones fijadas de manera contraria a Derecho, si bien es cierto que, siguiendo lo dispuesto por el art. 13 de la LGT anteriormente mencionado, la fijación contraria a Derecho de la retribución de los consejeros ejecutivos a consecuencia de la reciente sentencia, no tendría efectos en lo relativo a la calificación del impuesto.

⁵⁴ Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria.

⁵⁵ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁵⁶ Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

⁵⁷ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

10. PROCEDIMIENTO PARA LA FIJACIÓN DEL CARÁCTER Y SISTEMA RETRIBUTIVO EN ESTATUTOS SOCIALES

A continuación vamos a proceder a explicar, del modo más práctico posible, el proceso que debería seguir una sociedad para ajustar la fijación del sistema retributivo de sus consejeros con funciones ejecutivas a la aplicación cumulativa de los artículos 217 y 249.3 y 4 fijada por STS 98/2018 de 26 de febrero.

Nos encontramos ante el supuesto de una sociedad no cotizada que ha designado un nuevo consejero ejecutivo con posterioridad a la STS 98/2018. La sociedad quiere plasmar el carácter retribuido del citado cargo y, para ello, nos consulta cuál es el modo de proceder para la fijación del sistema retributivo tras la mencionada sentencia.

Debemos asesorar a la sociedad en la dirección seguida por el Alto Tribunal, esto es, la superación de tres niveles en lo relativo a la fijación de la retribución de los consejeros ejecutivos⁵⁸:

- 1) Estatutos sociales → Deberán establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo.
- 2) Acuerdos de la Junta General → Deberá establecer el importe máximo de remuneración anual de los consejeros ejecutivos.
- 3) Contrato entre la sociedad y el consejero ejecutivo designado → Deberá concretar los distintos conceptos retributivos. Este contrato debe ser aprobado con la votación favorable de las dos terceras partes del Consejo. El consejero afectado deberá abstenerse de la deliberación y no podrá participar en la votación.

El primer paso para adecuar la fijación del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos a la nueva interpretación dada por el TS es, como hemos mencionado, la fijación del carácter gratuito o retributivo del cargo en los estatutos sociales. En el supuesto de que la mención actual en estatutos previera el carácter gratuito del cargo

⁵⁸ Sentencia 98/2018, de 26 de febrero, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolviendo Recurso de Casación núm. 3574/2017 contra la sentencia 295/2017 de 30 de junio dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Puntos 16, 17 y 18 del Fundamento Jurídico Sexto).

de administrador, ello implicaría la necesidad de que se proceda a su modificación, que deberá llevarse a cabo siguiendo las disposiciones de la LSC al respecto (arts. 285 a 294 de la LSC), según nos encontremos ante una sociedad limitada o una sociedad anónima.

La competencia general para la modificación estatutaria reside en la Junta General (arts. 160.c) y 285 LSC).

Vamos a desarrollar brevemente el procedimiento que deberían seguir las sociedades limitadas y las sociedades anónimas para la modificación de sus estatutos.

En primer lugar, se requiere una propuesta de modificación. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 286 de la LSC, dicha propuesta se efectuará mediante la redacción del texto íntegro que se pretende modificar por parte del administrador o socio autor de la modificación. Además, en el supuesto de sociedades anónimas, se deberá emitir un informe justificando dicha modificación.

En lo relativo a la convocatoria de la junta general, siguiendo el mandato del art. 287 de la LSC, deberán explicarse, con carácter previo a la celebración de la misma, las modificaciones que se proponen, así como hacer constar el derecho de los socios de examinar en el domicilio social los documentos antes mencionados y mediante los cuales se efectúa la propuesta de modificación.

Con respecto al acuerdo de modificación, en las sociedades limitadas, el art. 288 de la LSC remite al art. 199 del mismo texto legal en lo relativo a los acuerdos para la modificación estatutaria. En este sentido, el acuerdo para la modificación de los estatutos en las sociedades limitadas requiere el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 199.1 LSC).

Por su parte, en las sociedades anónimas, el art. 288 de la LSC remite a dos artículos del mismo texto legal: el art. 194, que hace referencia a la exigencia de un quórum de constitución reforzado, y el art. 201.2, que hace referencia a la exigencia de mayorías reforzadas dependiendo del quórum de constitución alcanzado.

El quórum de constitución reforzado recogido en el art. 194 LSC, exige que, en primera convocatoria, concurren accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50% del capital suscrito con derecho de voto (art. 194.1 LSC). En segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia del 25% del citado capital suscrito con derecho de voto (art. 194.2 LSC). A ello, cabe añadir, tal como recoge el art. 194.3 de la LSC, que “los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos anteriormente”. De este modo, los límites recogidos en los apartados anteriores, actúan como el mínimo legal exigido.

Por su parte, el art. 201 de la LSC, que actúa como complemento necesario del art. 194, tal y como se dispone en el art. 288, distingue dos supuestos:

→ Cuando en la primera convocatoria concurren accionistas presentes o representados que poseen un porcentaje igual o superior al 50% del capital suscrito con derecho a voto: el acuerdo se adoptará por mayoría absoluta

→ Cuando en segunda convocatoria concurren accionistas presentes o representados que posean un porcentaje igual o superior al 25% del capital suscrito con derecho a voto, sin alcanzar el 50% del referido capital: se requerirá una mayoría cualificada de 2/3 del capital presente o representado en la junta.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, el apartado tercero del art. 201 de la LSC, del mismo modo que hiciera el art. 194 del citado texto legal, establece que los estatutos podrán elevar las mayorías fijadas por ley. Por tanto, las mayorías antes mencionadas actúan como un mínimo legal exigible, brindando a la sociedad la posibilidad de endurecer este límite aumentando las mayorías exigibles bajo fijación estatutaria.

Una vez adoptado el acuerdo de modificación estatutaria, según las exigencias fijadas para sociedades limitadas y anónimas, éste se hará constar en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, tal como dispone el art. 290 de la LSC. Una vez inscrito, el registrador mercantil remitirá de oficio dicho acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (“BORME”).

11. CONCLUSIONES

- I. La fijación del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos ha dado un giro inesperado tras la Sentencia 98/2018, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo. Esta sentencia debe considerarse como una de las más importantes decisiones del TS este año en materia mercantil, concretamente en el ámbito societario. Las consecuencias, de carácter fiscal y laboral principalmente, sin perjuicio de las consecuencias económicas y burocráticas derivadas de ajustar la fijación retributiva a las nuevas exigencias, pueden tener importantes implicaciones en las sociedades no cotizadas. No obstante, debe tomarse en consideración que para la fijación de esta posición como doctrina del Alto Tribunal, debe existir al menos otra sentencia que resuelva en idénticos términos un conflicto similar.
- II. Con carácter inicial, debe resaltarse la importancia que en lo relativo a la fijación del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos tiene la reforma de la LSC, operada por medio de la Ley 31/2014 de 31 de diciembre y motivada por las exigencias de buen gobierno corporativo. Si bien con anterioridad a la reforma de la LSC, parte de la doctrina ya apostaba por una distinción a la hora de fijar el sistema retributivo de administradores y consejeros ejecutivos, a partir de la reforma esta posición cobra relevancia y ello, en parte, por el posicionamiento que adopta la DGRN al respecto, defendiendo una aplicación alternativa de los arts. 217 y 249 de la LSC.
- III. Cuando parecía resuelto el enfrentamiento doctrinal y jurisprudencial en lo relativo a la aplicación cumulativa o alternativa de los preceptos legales antes mencionados, el Tribunal Supremo dicta sentencia dando una nueva interpretación al conflicto, poniendo de relieve la necesidad de aplicar de manera cumulativa los arts. 217 y 249 para la fijación del sistema retributivo de consejeros ejecutivos, el primero con carácter general por la condición de administradores que ostentan los consejeros delegados y, el segundo, con carácter especial, por las funciones ejecutivas que le han sido delegadas. En este sentido, el TS incide en la obligación de superar tres niveles para la fijación del sistema retributivo de la figura del consejero ejecutivo: la determinación del carácter gratuito o retribuido del cargo de consejero ejecutivo bajo previsión

estatutaria, el acuerdo de la Junta General para fijar el límite retributivo anual de los consejeros ejecutivos y, por último, la elaboración de un contrato que deberán suscribir la sociedad y el consejero afectado y que deberá contar con el voto favorable de las dos terceras partes del Consejo de Administración, debiendo el consejero afectado abstenerse de la deliberación y no pudiendo participar en la votación.

- IV. En definitiva, la fijación del sistema retributivo de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas vuelve a convertirse en el foco de un intenso debate doctrinal y jurisprudencial cuyo fin no parece próximo. En adelante, deberemos analizar la aplicación de esta nueva interpretación en las sociedades no cotizadas así como las consecuencias directas e indirectas derivadas de dicha aplicación, y deberemos también estar atentos a los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la referida materia, con el fin de conocer el alcance de su aplicación y poder considerar esta nueva interpretación como doctrina consolidada del Tribunal Supremo, aportando mayor valor a la misma así como mayor seguridad jurídica a las sociedades afectadas.

12. BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís. (octubre, 2015). *Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC*. Diario La Ley, Nº8634, Editorial LA LEY.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. (mayo, 2012). *El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario*. Publicado en Cuadernos de Derecho para Ingenieros, nº10, La Ley, pp-49-62. Cuatrecasas Gonçalves-Pereira.

PAZ-ARES, Cándido. (2008). *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*. Barcelona, Enero 2008. INDRET (Revista para el análisis del Derecho) 1/2008.

PAZ-ARES, Cándido. (2018). *Perseverare diabolicum*. Barcelona, abril 2018. Indret (Revistas para el Derecho) 2/2018.

PROFESSOR ANDREW CHAMBERS. (2012). *Chambers' Corporate Governance Handbook* (Fifth Edition). Bloomsbury Professional.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*. Madrid, 2005. Thomson Civitas.

SÁNCHEZ GIMENO, Sergio. (2002). *Los contratos –civiles o laborales- de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades*. Revista de Derecho Mercantil 245, 2002.

13. LEGISLACIÓN

Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ley 31/2014, de 3 de Diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

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.

14. JURISPRUDENCIA

Sentencia núm. 295/2017 de 30 de junio dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolviendo recurso de apelación núm. 254/2016 contra la sentencia 241/2015 de 27 de noviembre dictada por el Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona.

Sentencia 98/2018, de 26 de febrero, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolviendo Recurso de Casación núm. 3574/2017 contra la sentencia 295/2017 de 30 de junio dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

15. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Informe 5/2009, de 12 de marzo, emitido por la Dirección General de los Tributos.

Resolución de 12 de noviembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Discover Capital, S.L., frente a la negativa de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, a inscribir una norma de sus estatutos sociales (R. 12.11.2003). Publicado en el BOE con fecha 18 de diciembre de 2003, núm. 302, sec. III, pág. 45129-45130.

Resolución de 16 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, 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 (R. 16.02.2013). Publicado en el BOE con fecha 19 de marzo de 2013, núm. 67, sec. III, pág. 21987-21993.

Resolución de 30 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid a inscribir una escritura de modificación de estatutos sociales de dicha entidad (R. 30.07.2015). Publicado en el BOE con fecha 30 de septiembre de 2015, núm. 234, sec. III y pág. 88801-88809.

Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, 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. Publicado en el BOE con fecha 21 de julio de 2016, núm. 175, sec. III, pág. 51301-51305.

16. RECURSOS ONLINE

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (2018). *La regulación de la retribución de los administradores en sociedades no cotizadas*. Publicado en Almacén de Derecho (<https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2015/10/hay-quien-no-se-resigna-no-tener-razon.html>)

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (marzo, 2018). *La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales*. Publicado en Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>).

CAMPINS VARGAS, Aurora. (agosto, 2014). *Retribución de administradores ejecutivos. Dónde estamos y a dónde vamos*. Publicado en el blog de Jesús Alfaro Águila-Real (<https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/08/retribucion-de-administradores.html>).

Comisión Nacional del Mercado de Valores (2015) *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas* (en línea) disponible en (https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf).

Cuadro comparativo del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tras su modificación 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. Aranzadi Instituciones (Thomsom Reuters). MIX 2014/948333. Publicado en (www.aranzadidigital.es).

Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (Comisión Olivencia). Febrero, 1998. CNMV (<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>).

Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (Comisión Aldama). Enero, 2003. CNMV (<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>).

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. (julio, 2015). *Una «tercera vía» sobre el contrato de los consejeros ejecutivos*. Análisis GA&P Julio 2015. (<https://www.ga-p.com/media/k2/attachments/una-tercera-via-sobre-el-contrato-de-los-consejeros-ejecutivos.pdf>).

MARÍN BENÍTEZ, GLORIA. (marzo, 2012). “Los consejeros ejecutivos en el Derecho Tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”. Publicado en Uría Menéndez (https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3517/documento/gloria_marin.pdf?id=5089).

MARTÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. (abril, 2015). *La Ley de Reforma de la LSC: La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital*. Análisis Gómez-Acebo & Pombo. Publicado en www.ga-p.com (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-reforma-de-la-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital.pdf>).

OCDE (2016), *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, Éditions OCDE, Paris. (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>).

Uría Menéndez (julio, 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*. Publicado en www.uria.com

(https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LS_C.pdf?id=5846).