



FACULTAD DE DERECHO

**MARCHA ATRÁS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN  
LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN  
SOCIAL**

Autor: Amadeo García-Borregón  
5º E-3 B  
Derecho Mercantil

Director: Bruno Martín Baumeister

Madrid  
Abril, 2018

## **Resumen:**

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en 2014 solventó algunos problemas prácticos sobre la remuneración de los administradores colegiados de sociedades capitalistas. Sin embargo, ha mantenido el mismo método retributivo para los sistemas de administración simple (administrador único, administradores mancomunados o solidarios), sin haber tenido en cuenta que estas fórmulas de gestión son las comúnmente utilizadas por las Pymes, empresas que soportan la mayor parte del tejido empresarial español contribuyendo a la generación de empleo por encima del resto de empresas. A través de este estudio expondremos -desde la perspectiva de distintas ramas del derecho (mercantil, laboral, tributario...)- el vínculo jurídico especial, existente entre administradores y la sociedad. Presentaremos las distintas formas de retribución de éstos y abordaremos los problemas de legitimidad de la remuneración percibida por los administradores de terceras partes. También estudiaremos el reciente fallo del Tribunal Supremo en materia retributiva del órgano social. Analizaremos los problemas prácticos no contemplados en la reforma de la LSC de 2014 ni resueltos por la sentencia del TS, proponiendo distintas soluciones a esos problemas mediante la inclusión de distintas propuestas de previsión legal sobre la regulación de las retribuciones internas y externas. Asimismo, propondremos cláusulas estatutarias recomendables para la remuneración de los consejeros.

**Palabras clave:** Administrador, retribución, sociedades capitalistas, doble vínculo, cláusula, remuneración.

## **Abstract:**

The law reform of the Capital Companies Law in 2014 solved some practical problems regarding the remuneration of collegial administrators of capitalist companies. However, it continues with the same retributive method for simple administration systems (one administrator, joint administrators or solidary administrators). They have not take into account that those systems are the most common in small companies, which support most of the Spanish business network and contributes to the generation of employment over the rest of companies. Through this study, we will expose -from the perspective of

different branches of law (commercial, labor, tax ...) - the special legal link, existing between administrators and society. We present the different ways of compensation and we are going to address the problems of legitimacy of the remuneration received by the administrators from third parties. Moreover we are going to study the scope of the Supreme Court sentence. Additionally, we are going to analyze some problems not contemplated in the reform of the LSC of 2014, proposing alternative solutions to those problems through the inclusion of legal prevention proposals on the regulation of internal and external remuneration. Likewise, we will propose recommendable companies statutes clauses regarding to administrators remuneration.

**Key words:** Administrator, retribution, capitalist companies, double bind, clause, remuneration.

## ÍNDICE:

<b>1. Introducción y objetivos</b>	<b>6</b>
<b>2. La retribución del administrador social</b>	<b>9</b>
2.1 Cuestiones generales y legislación aplicable	10
2.2 La reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014	12
2.3 Marcha atrás del Tribunal Supremo	18
2.4 Otros problemas de interpretación	23
2.5 Diferenciación entre vínculo mercantil y laboral. Teoría del vínculo	28
2.6 Excurso sobre la fiscalidad de las relaciones administrador-sociedad	<b>31</b>
<b>3. La remuneración externa</b>	<b>34</b>
3.1 El concepto de la remuneración externa	35
3.2 Los problemas de la remuneración externa	37
<b>4. Propuestas finales</b>	<b>41</b>
4.1 Propuesta de previsión legal para las retribuciones de los administradores sociales	42
4.2 Ejemplos de cláusulas retributivas en estatutos	47
<b>5. Conclusiones</b>	<b>54</b>
<b>6. Bibliografía</b>	<b>58</b>
<b>7. Anexos</b>	<b>64</b>

### Listado de abreviaturas:

- Art(s): Artículo(s).
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CC: Código Civil.
- Ccom.: Código de Comercio.
- DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado.
- ET: Estatuto de los Trabajadores.
- LIRPF: Ley del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- LSC: Ley de Sociedades de Capital.
- PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas.
- RC: Registro Civil.
- RD: Real Decreto.
- RIS: Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
- RRM: Reglamento del Registro Mercantil.
- ST. Sentencia.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TS: Tribunal Supremo.

## **1. Introducción y objetivos.**

La retribución de los administradores cambió de rumbo en 2014 tras muchos años en una misma dirección. Desde entonces, se ha producido un *totum revolutum* que ha marcado los últimos 4 años en el derecho mercantil. En este tiempo, se han concatenado calificaciones dispares de registradores, interpretaciones distintas de los jueces y dudas notariales. A finales de 2016, parecían resueltas estas cuestiones gracias a la batería de resoluciones interpretativas que la DGRN había redactado. No obstante, el 26 de febrero de 2018, el Tribunal Supremo calificaba de errónea estas interpretaciones y volvía a instaurar el caos.

Como veremos, el TS ha dado un giro de tuerca en la interpretación de los artículos 217 y 249 de la LSC que supone un viraje de 180 grados. En este contexto se han sucedido ciertas críticas de la doctrina, especialmente debido a las restricciones que generan sobre la libertad de contratación con los consejeros ejecutivos.

Mayor contraste sufren los órganos de administración simple, sobre los cuales el TS no se ha pronunciado. Si bien, también les afecta colateralmente el fallo del TS al poder extrapolarse ciertos preceptos a este tipo de órganos sociales. Ciertas dudas aparecen sobre la administración simple que deben ser resueltas mediante la interpretación de la norma, tales como la aplicabilidad del artículo 249 LSC. No debemos olvidar que la mayor parte del tejido empresarial está compuesto por PYMES, las cuales suelen optar por esta tipología de administración.

Cuestión también controvertida la encontramos en las remuneraciones externas por la ausencia de su regulación. Tipología retributiva cuanto menos cuestionable. De hecho, en la praxis se ha hecho fuerte la expresión “lo que la ley no prohíbe, se permite”, pues es práctica habitual que los consejeros perciban remuneraciones adicionales por agentes externos.

El interés por el objeto de este estudio contrasta con otros Estados, donde no figuran tantos cambios legislativos en esta materia. Por tanto, el caos en la regulación de la retribución de la administración es prácticamente exclusivo de España, lo que ha propiciado una creciente inseguridad jurídica que preocupa enormemente a las

sociedades.

El principal objetivo de esta investigación es proponer una regulación de la remuneración de los administradores clara y coherente. Se pretende investigar una nueva vía legislativa que permita cubrir los problemas que señalaremos durante el trabajo, susceptible de aprobación doctrinal. Para ello, nos guiaremos por la libertad de contratación y la garantía de acceso a la información de los socios. Con ello, trataremos de alcanzar unas disposiciones de consenso que permitan situarnos en la vanguardia de la remuneración del órgano social.

El propósito principal señalado se concreta y complementa con los siguientes objetivos secundarios: (i) diferenciar los tipos de retribuciones –externas e internas- y sus consecuencias legales, (ii) investigar las consecuencias de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, (iii) proponer cláusulas estatutarias para el establecimiento del sistema retributivo de la administración social y (iv) dar respuesta a dudas que plantea la regulación actual.

Para alcanzar los fines del trabajo, emplearemos una metodología de carácter cualitativo, usando fuentes tanto primarias como secundarias. Con la finalidad de alcanzar los objetivos de la investigación se realizará una búsqueda minuciosa de fuentes a través de buscadores académicos reconocidos como Dialnet, Google Académico y EBSCO, desarrollando una profunda revisión bibliográfica. Se tomarán como filtros publicaciones de los últimos 10 años, escritas por autores españoles o ingleses. Las publicaciones recogidas a través de estas bases de datos constituyen la fuente secundaria principal de este estudio.

Este trabajo consta de 3 partes. Las dos primeras realizan una aproximación a la regulación jurídica de los dos tipos de retribuciones que pueden recibir los administradores -internas o externas-. De esta forma, en el capítulo I “la retribución del administrador social”, analizaremos la regulación sobre el sistema retributivo que establece la sociedad con el órgano de administración. En éste, observaremos las idas y venidas que se han dado los últimos años, y daremos un especial énfasis a la reciente sentencia del Tribunal Supremo, que supone una vuelta atrás en la estructura retributiva. Así mismo, resolveremos dudas concretas que se ha planteado la doctrina. Por último, analizaremos desde un punto de vista fiscal y laboral las repercusiones que tienen las

últimas modificaciones expuestas por el legislador en materia retributiva del órgano de administración.

En el capítulo II, “la remuneración externa, expondremos los problemas que pueden suscitarse cuando personas ajenas a la empresa retribuyan el cargo de administrador. Aquí, exploraremos aquellas posibilidades en las que distintos sujetos remuneran al consejero por su mero cargo, pudiendo dañar el deber de lealtad. Así mismo, investigaremos la legalidad de esta práctica, los casos más conflictivos y su relación con el interés social.

Por último, en el capítulo III, “propuestas finales”, realizaremos una serie de propuestas legislativas para evitar los problemas que hemos encontrado durante la investigación. También será cauce de la introducción de aclaraciones legislativas, que, a nuestro parecer, urgen para una mayor comprensión de la norma. Adicionalmente, redactaremos algunas cláusulas estatutarias que sirvan como guía para resolver dificultades en lo referente a la retribución de órgano de administración.

Tras los tres capítulos realizaremos una evaluación global en la que trazaremos nuestras conclusiones en relación con los objetivos, y especialmente con las propuestas finales planteadas en el capítulo tercero.

Por último, se recoge la Bibliografía empleada para la realización del trabajo de investigación.

**CAPÍTULO I**  
**LA RETRIBUCIÓN DE LA**  
**ADMINISTRACIÓN SOCIAL**

## CAPÍTULO I: LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL

### 2.1 Cuestiones generales y legislación aplicable.

En la última década se ha producido un incremento del seguimiento de las remuneraciones a los administradores societarios debido especialmente a los escandalosos sueldos percibidos durante la fuerte crisis sufrida en la economía. De hecho, se ha producido una reiterada crítica social por la inmoralidad salarial de ciertas sociedades en concurso. Ante la bajada masiva de salarios y los despidos colectivos, el gobierno de las grandes sociedades ha mantenido sus remuneraciones o incluso las han incrementado, hecho que no ha sido del agrado de la ciudadanía.

Como resultado, aumentó la necesidad de cambios legales para motivar la remuneración de los administradores. Es por ello que el legislador ha tratado de amoldarse, en la medida de lo posible, a estos cambios, proponiendo distintas formas de regulación de las sociedades. La reforma en 2014 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “LSC”), introduce novedades que tienen un interesante impacto en la retribución de los consejeros, especialmente de aquellos con funciones ejecutivas. La ley continúa registrando las cuatro distintas figuras para la administración societaria: un administrador único, dos o más administradores mancomunados, dos o más administradores solidarios<sup>1</sup> y el consejo de administración<sup>2</sup> (artículo 210.1 de la LSC). Como expondremos en los siguientes apartados, se mantiene sin alteraciones la regla general de gratuidad del cargo de consejero salvo cuando por disposición estatutaria se estipule lo contrario. No obstante, se introducen ciertas modificaciones de los sistemas retributivos, de la determinación de su competencia o de la remuneración del administrador que ostenta funciones ejecutivas. Asimismo, la nueva redacción influye también en el ámbito laboral como se verá más

---

<sup>1</sup> También se establece una diferenciación entre órganos de administración complejos –consejo de administración- y órganos simples - administrador único, administradores mancomunados y solidarios-.

<sup>2</sup> En ocasiones los estatutos pueden no determinar el número exacto y determinar un mínimo y máximo de administradores, en estos casos corresponde a la Junta General de Accionistas determinar el número (artículo 211 de la LSC).

adelante (v. *infra* 2.5).

Sobre la legislación aplicable para la remuneración de los consejeros hay que recordar que se trata de una relación sociedad-administrador. Al posicionarse la sociedad como parte, se regirá por el derecho societario, cobrando especial importancia el Título VI de la LSC. Así mismo, el contrato por el que las partes se vinculan es de naturaleza mercantil, y no laboral –en concordancia con la teoría del vínculo (v. *infra* 2.3)-, concertándose la relación mediante un contrato de arrendamiento de servicios, cuya fuente legal es la LSC- por ser norma especial-, y subsidiariamente, los principios generales del derecho común, es decir, la ley civil, los usos propios del comercio, la costumbre común y los principios generales del derecho<sup>3</sup>. Por otro lado, desde la perspectiva del administrador con funciones ejecutivas, resulta importante la interpretación del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, así como el Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación de carácter especial del personal de alta dirección.

Fijando la mirada en el *soft law*, no se puede realizar un análisis comprensivo y detallado de las remuneraciones de los consejeros sin la previa observación de los códigos de buen gobierno. Estos han tratado de mejorar el gobierno corporativo a partir recomendaciones para la correcta regulación de las sociedades. En España se han sucedido varias ediciones, comenzando por el denominado Código de Olivenza y finalizando en el actual Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015. Enmarcándose este último dentro de la reforma de 2014, por lo que es de gran utilidad para conocer la motivación de ciertos cambios y las posibles modificaciones que se producirán en el futuro, lo que nos permite anticiparnos y redactar una propuesta de nueva regulación legal (v. *infra* 4.1).

Conviene puntualizar que el ejercicio de las funciones de los administradores se ha considerado gratuita desde mediados del siglo pasado, obligándose a fijar la remuneración en los estatutos sociales para romper con la gratuidad del cargo. Así mismo, el artículo 217 de la actual LSC mantiene la línea legislativa, aunque produce algunos cambios como la remuneración de funciones ejecutivas y, en principio, reduce la

---

<sup>3</sup> SANCHEZ GRAELLS, A. *et al.* (2012). Fundamentos de Derecho Empresarial: Contratación Mercantil. Tomo III. 90.

rigurosidad del principio de reserva estatutaria<sup>4</sup>.

Para el desarrollo del presente trabajo, consideramos esencial tener en cuenta los siguientes dos principios sobre la retribución de administradores: (i) principio de libertad de fijación de la remuneración por el empresario en base a las consideraciones objetivas que tenga por conveniente -con los límites que establece el actual artículo 217.4 de la LSC- y (ii) el principio de transparencia en el sistema retributivo que permite al accionariado establecer los controles y límites máximos oportunos en la materia retributiva. Estos dos principios son la base del modelo retributivo actual para los administradores sociales, por tanto, son fuente interpretativa de las disposiciones, estatutos y contratos.

## **2.2 La reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014.**

La nueva redacción de la Ley de Sociedades de Capital de 2014 trae consigo muchas novedades en el campo societario. Sin embargo, nos centraremos únicamente en aquellas relacionadas con la remuneración de la administración social, al ser el objeto principal que atañe a nuestro estudio. A continuación, exponemos la interpretación realizada por la doctrina y la DGRN de la reforma de la LSC. Sin embargo, es de importante mención que el Tribunal Supremo acaba de realizar una exégesis de los nuevos artículos 217 y 249 de la LSC. En su sentencia de 26 de febrero de 2018 se muestra contrario a la interpretación realizada por la DGRN, lo cual ha supuesto otro giro inesperado en lo referente a las remuneraciones sociales (v. *infra* 2.3).

El primer punto novedoso de la reforma consiste en la diferenciación de la retribución en base a las funciones del administrador. Aquí se diferencian aquellas que son inherentes al cargo de administrador en su “condición de tales”<sup>5</sup> -que varían en función del sistema

---

<sup>4</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado esta última interpretación en febrero de 2018. De esta forma, expone que dicha reducción no ha de resultar en una exclusión de las remuneraciones de consejeros. Si bien, en atención al contrato especial celebrado con el consejero ejecutivo, ha de permitirse una flexibilización estatutaria en lo referente a su retribución (v. *infra* 2.3).

<sup>5</sup> BRENÉS CORTES, J. (2015). El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para

de administración- y las funciones ejecutivas, a las que resulta aplicable el artículo 249 de la LSC. Cuando el órgano de administración es complejo, se consideran inherentes al cargo aquellas relacionadas con la de estrategia y control de la sociedad, éstas las denominan función deliberativa<sup>6</sup>. Sin embargo, en los sistemas de administración simples, las funciones ejecutivas se consideran en la órbita de las inherentes al cargo de administrador, por lo que son inherentes al cargo tanto aquellas deliberativas como las ejecutivas<sup>7</sup>. Esta diferenciación supone un factor relevante pues las que son en “condición de tales” han de constar indefectiblemente en los estatutos, presumiéndose gratuidad del cargo en caso de no figurar el método retributivo, existiendo unanimidad al respecto en la doctrina científica.

En la otra cara de la moneda nos encontramos la función delegada o ejecutiva en los órganos colegiados de administración. Ésta se configura como una responsabilidad adicional, por lo que aquellos consejeros que tengan la delegada mantendrán la función deliberativa propia de su cargo<sup>8</sup>. Esta función es desempeñada por el consejero delegado, la cual se considera una figura que ostenta una doble relación, orgánica y obligacional<sup>9</sup>, procedente del posicionamiento en el gobierno de la empresa y de las funciones ejecutivas que le han sido delegadas. Con la reciente reforma, el consejero delegado debe firmar un contrato especial con el Consejo de Administración. En éste se detallan sus retribuciones por el ejercicio de las funciones que le son delegadas, siendo retribuido paralelamente por las inherentes al cargo, que han de estar fijadas estatutariamente. Las últimas conclusiones de los magistrados del orden mercantil siguen el camino de las mencionadas resoluciones de la DGRN, ambas consideran que no es necesaria la previsión estatutaria para la remuneración de funciones ejecutivas. No obstante, la reciente sentencia del TS ha empañado esta línea interpretativa, como más adelante explicaremos. En todo caso, el sistema de retribuciones habrá de constar necesariamente en el contrato que se celebra con el consejero ejecutivo tal y como rezan

---

la mejora del Gobierno Corporativo. Revista Lex Mercatoria. RLM nº 1, Artículo nº 1. 5.

<sup>6</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de junio de 2016. BOE núm. 175, sec. III, 21 de julio de 2016, pp. 51301-51305.

<sup>7</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de mayo de 2016. BOE núm. 136, sec. III, 6 de junio de 2016, pp. 37309-37314.

<sup>8</sup> *Vid* nota 6.

<sup>9</sup> TOVAR ROCAMORA, J. J. (2016). La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014. Editorial Aranzadi, Revista Española de Derecho del Trabajo num.184/2016, p. 10

los dos últimos apartados del artículo 249 LSC<sup>10</sup>.

Respecto de las Sociedad Cotizadas, cabe mencionar que tienen un régimen idéntico por el que se distinguen la remuneración de funciones deliberativas (artículo 529 septdecies LSC) y ejecutivas (artículo 529 octodecies).

Como consecuencia, se produce una retribución diferenciada por la actividad realizada dentro de la sociedad. De esta forma, aquellos que ejercen alguna función especial deberán ser premiados por su “plus” de dedicación con la empresa. En la misma línea, la actual LSC señala en su artículo 529 septdecies que la remuneración de los consejeros en las sociedades cotizadas se realizará en atención “*a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes*”. Este cambio legislativo ha de entenderse ligado a las exigencias de motivar el importe a remunerar que formaban parte de las reclamaciones plasmadas en el informe de la Comisión de Expertos sobre el gobierno corporativo de 2013: “*resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que ... desempeñan funciones ejecutivas*”.

Cuestión que podría plantearse problemática lo constituye el supuesto en el que se retribuye solo a los consejeros delegados por contrato especial, pues se opone al vigente artículo 124.3 del RRM<sup>11</sup>. Para aclarar el supuesto, la DGRN ha declarado válida dicha situación<sup>12</sup>, a lo que el Tribunal Supremo ha añadido que ha de constar en estatutos el sistema de retribución de los consejeros delegados en tales situaciones<sup>13</sup>.

Antes de la reforma de 2014, la norma establecía la igualdad retributiva como principio fundamental en las sociedades. De esta forma debía establecerse en estatutos la

---

<sup>10</sup> COHEN BENCHETRIT, A. (2017). Encuentro de Magistrados/as de los mercantil de 4,5, y 6 de octubre de 2017, conclusiones de la segunda mesa: “derecho societario: cuestiones problemáticas”. (Código: CU17093). Pp. 10-13

<sup>11</sup> Esta disposición compele a las sociedades a plasmar estatutariamente las desigualdades en las remuneraciones de sus administradores. Con la nueva reforma se predica aplicable a la retribución de las funciones inherentes al cargo.

<sup>12</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de noviembre de 2015. BOE núm. 281, sec. III, 24 de noviembre de 2015, pp. 110556-110559.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 98/2018 (sala de lo Civil), de 26 de febrero. FJ 6.

remuneración específica del consejero delegado<sup>14</sup> para romper con la equidad en la retribución respecto de los demás consejeros. En cuanto a los administradores solidarios y mancomunados, en base al artículo 124.3 del RRM también debían ser igual para ambos. Esta postura fue refrendada en distintas ocasiones por la DGRN<sup>15</sup>. No obstante, en la línea interpretativa de la DGRN, la actual LSC aboga por la remuneración según las responsabilidades y funciones ejercidas, de forma que se promueve también la distinción en el importe percibido por los distintos administradores solidarios o mancomunados cuando se justifique por una mayor responsabilidad o mayor carga de trabajo por el ejercicio de sus obligaciones.

En nuestra opinión, el legislador pretende fortalecer lo que denominamos “meritocracia retributiva” en los administradores sociales. La meritocracia retributiva supone el establecimiento de una remuneración cuantificada en términos de las responsabilidades asumidas, la dedicación y aportación a la sociedad. En otras palabras, al igual que entre los trabajadores de una empresa se remunera en la práctica según la categoría profesional -indicadora de la atribución de responsabilidades y funciones-, el legislador persigue que lo mismo suceda entre los consejeros.

Con todo ello, la interpretación de la DGRN nos sitúa en un lugar donde se establecen dos tipos de consejeros, donde se presume gratuito el cargo de consejero deliberativo -salvo pacto en contra-, y el ejecutivo, donde queda la duda de que se mantenga la presunción de gratuidad.

A su vez, cabe otro tipo de remuneraciones compatibles con las del cargo de administrador que no son incluidas en la reforma. Nos referimos al desempeño de funciones extrañas<sup>16</sup>, estas nada tienen que ver con la gestión y dirección de la sociedad ni tampoco con la ejecución de la estrategia y los planes sociales. Se trata de funciones impropias del cargo de administrador y puede ser de muy distinta índole. Un supuesto lo conforma el administrador colegiado en el colegio de ingenieros que a través de un contrato de *ingenieering managment* realiza una obra para la empresa percibiendo precio

---

<sup>14</sup> Algunos tribunales en este punto aplicaban la “doctrina del milímetro” que obligaba a concretar escrupulosamente la cuantía retributiva de los consejeros con funciones ejecutivas.

<sup>15</sup> Resoluciones del 29 de abril y 21 de mayo de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

<sup>16</sup> *Vid* nota 7.

por su trabajo. Estas funciones extrañas al cargo han de figurar por contrato privado entre la sociedad y el consejero, sin ser necesaria su inclusión en los estatutos.

La siguiente cuestión se formula en aras de interpretar los elementos que deben figurar en los estatutos sociales para que sea válida la cláusula relativa a la retribución de los consejeros. La reforma ha suscitado dudas en este punto entre los juristas, llevando a calificaciones dispares de los registradores por no estar totalmente claros los contenidos de los estatutos en materia retributiva. En este sentido los magistrados de lo mercantil han entendido que los estatutos han de fijar tanto la onerosidad del cargo como el sistema de retribución. Para romper con la presunción de gratuidad del cargo, la cláusula social debe formularse de forma incondicionada y clara, sin cavidad a interpretaciones<sup>17</sup>.

Cuando el cargo sea oneroso, también deberá constar el sistema de remuneración en los estatutos. Para ello, la nueva redacción del artículo 217 relaciona de modo enunciativo las formas de retribución para los administradores: *“una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores o 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”*. Esta relación no ha de entenderse como una enumeración *numerus clausus*, sino que debe interpretarse compatible con otros conceptos retributivos siempre que cumpla los parámetros de su apartado 4. A modo de ejemplo, cabría el uso de otras formas remunerativas como es el pago en especie<sup>18</sup>. No obstante, se erigen ciertos límites para algunos conceptos retributivos en los artículos 218 y 219 de la LSC. Estos operan sobre la remuneración mediante participación en beneficios y la entrega de acciones.

En atención al sistema de retribución, la línea interpretativa de la DGRN estima que no es necesario seguir la doctrina del milímetro por la que hay que fijar estatutariamente el importe exacto de la retribución. Misma exégesis realiza el TS al hablar de *“un marco estatutario entendido de una forma más flexible”*<sup>19</sup>. A raíz de esta vía, lo relevante es la

---

<sup>17</sup> COHEN BENCHETRIT, A. (2017). *Op. Cit.*, Pp. 4-9

<sup>18</sup> Anónimo (2017). Aedaf. ¿Puede la sociedad pagar las cuotas del reta del administrador? Periódico expansión de 11 de julio de 2017. P. 26

<sup>19</sup> *Vid* nota 13.

inclusión de un sistema a través del cual pueda determinarse la remuneración de los administradores. Las características del sistema ha de entenderse en los términos del artículo 124 RRM, es decir, como un conjunto de directrices que tienen el propósito de determinar el importe remunerativo de los consejeros. Esto deja una clara libertad para que el jurista deje fluir su originalidad en la redacción del método estatutario para fijar las retribuciones, pudiendo establecer muy distintos y complejos sistemas, lo que dificulta las labores a posteriori de registradores y jueces.

Un tercer punto novedoso lo encontramos en el apartado 4 de artículo 217 LSC. Este recoge unos criterios de proporcionalidad y de orientación dirigidos al método de cuantificación de la remuneración. Se introducen algunos parámetros que parecen estar influidos por el crecimiento de políticas de responsabilidad social corporativa. Así, el legislador tiene intención de que las retribuciones estén orientadas a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad.

En este punto nos cuestionamos si el concepto introducido es norma imperativa o tiene un carácter dogmático. Esta misma cuestión la ha resuelto la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca SAP IB 974/2017 (SAP Sección 5a de Palma de Mallorca), de 2 de mayo de 2017. En ella el tribunal considera que las retribuciones de los administradores han de respetar un doble límite, uno de naturaleza material -guardar una proporción razonable con la sociedad, la situación económica y el mercado- y otro límite finalista -la remuneración debe estar orientada a al sostenimiento a largo plazo de la empresa-<sup>20</sup>. Es por ello que podemos concluir que los criterios de esta disposición tienen carácter imperativo, haciéndose posible en la práctica la impugnación de acuerdos sociales sobre retribuciones por no seguir estas pautas, alcanzado tanto a los consejeros no ejecutivos como a los ejecutivos.

La interpretación de los nuevos preceptos que ha desarrollado la DGRN puede parecer chocante con la exposición de motivos de la reforma. Esta justifica los cambios en atención a proteger a los accionistas a través de un sistema retributivo más transparente. De hecho, la DGRN no ha sido ajena a estas críticas y ha especificado que sus interpretaciones tienen *“por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia*

---

<sup>20</sup> SAP IB 974/2017 (SAP Sección 5a de Palma de Mallorca), de 2 de mayo de 2017.

*especialmente sensible*<sup>21</sup>, al igual que la exposición de motivos.

En realidad, en algunas sociedades<sup>22</sup> y las cotizadas<sup>23</sup> no se producen problemas de transparencia ya que la remuneración del consejero ha de venir detallada en la memoria económica (artículo 260.11 LSC). No obstante, surge el problema en aquellas sociedades que se acogen al régimen de memoria abreviada del artículo 261 de la LSC. En esta memoria no es necesaria la inclusión de la retribución de los administradores. Con ello se recorta el acceso a esta información de los socios de la empresa, lo que compromete la transparencia de la retribución del consejero, especialmente para los socios minoritarios<sup>24</sup>.

### **2.3 Marcha atrás del Tribunal Supremo.**

La reforma ha generado muchas dudas interpretativas entre notarios, registradores, jueces y asesores legales. Esto se ha traducido en una calificación dispar por los registradores en el momento de registrar los estatutos sociales. Así mismo, los jueces han interpretado los nuevos preceptos de formas distintas lo que ha dado lugar a un cierto caos interpretativo en el mundo jurídico. Anarquía interpretativa resuelta por un amplio catálogo de resoluciones de la DGRN, que consiguieron devolver solidez a la regulación de las remuneraciones de la administración social.

En este contexto, el Tribunal Supremo el 26 de febrero de 2018<sup>25</sup> dictó sentencia en la que manifestó que no compartía la doctrina establecida por la DGRN. El fallo del TS

---

<sup>21</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de mayo de 2016. BOE núm. 136, sec. III, 6 de junio de 2016, pp. 37309-37314. FJ. 3.

<sup>22</sup> Concretamente aquellas sociedades obligadas a publicar una memoria económica sin posibilidad de simplificación vía artículo 257 de la LSC.

<sup>23</sup> En las sociedades cotizadas los accionistas tienen mayor acceso al contenido de las retribuciones de los consejeros –deliberativos y ejecutivos- a través del informe de remuneraciones que han de publicar anualmente. En ella se ha de detallar la cuantía que reciben los consejeros e información de la política de remuneraciones aplicable al ejercicio en curso.

<sup>24</sup> Es cierto que los socios mayoritarios tendrán acceso a esta información de forma indirecta a través de los consejeros dominicales.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Civil), nº 98/2018, de 26 de febrero.

aviva la polémica de estos últimos años, pero también crea precedente que facilita la interpretación de los nuevos preceptos legales.

La raíz de la interpretación hecha por el TS reside en el preámbulo de la reforma. Para el tribunal es elemento que define la intención del legislador, esto es, la *mens legislatoris*. Por ello, el principal principio que ha de guiar la interpretación de estos preceptos es la transparencia de la retribución frente a los accionistas.

El primer punto sobre el que se decanta es la aplicabilidad del artículo 217 para todos los consejeros. El tribunal considera que es aplicable a todos los administradores en tanto en cuanto el apartado 1 no distingue entre categorías de administrador. Por tanto, el cargo de consejero se presume gratuito con independencia de sus funciones -deliberativas o ejecutivas-. Así mismo, la mención del artículo 217 a administradores “en su condición hace referencia al ejercicio del cargo de consejero, tanto si desempeña o no funciones ejecutivas. Este término se utiliza para contraponerse a los servicios prestados extraños a la labor de representación y gestión que realiza el administrador. Estas últimas son las denominadas remuneraciones extrañas, las cuales son reguladas en el artículo 220 de la LSC<sup>26</sup>. Esta retribución tiene como objeto la persona que lo realiza, por sus cualidades personales e intelectuales, y no por el cargo que ocupa dentro de la sociedad. Por ello, esta clase de remuneraciones no debe ser objeto de disposición estatutaria<sup>27</sup>, aunque tendrá que someterse a Junta General.

En esta línea, el tribunal declara que “*los miembros del consejo de administración que ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administrador, porque solo en condición de tales pueden recibir delegación del consejo*”<sup>28</sup>. De esta forma, recalca el precepto de la gratuidad del cargo incluso para el desempeño de las funciones ejecutivas, pues entran dentro de las funciones inherentes al cargo. Esto implica que se debe incluir una cláusula estatutaria que rompa con esta presunción. Complementando a esta disposición, se debe incluir también el sistema de remuneración en los estatutos. El argumento que razona esta inclusión estatutaria reside en el artículo 249bis.i. de la LSC.

---

<sup>26</sup> *Ibid*, FJ 6 (4-6).

<sup>27</sup> Sin embargo, nada impide que se regulen limitaciones en los estatutos como puede ser la incompatibilidad de prestación de servicios con desempeño del cargo administrador. Esta medida podría suponer un freno a fraudes de contratación en los que se elaboran dictámenes con limitados fundamentos.

<sup>28</sup> *Ibid*, FJ 6 (6).

En este, enumera como facultad indelegable del consejo de administración las “*decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario, ...*”. Para el tribunal la referencia a consejero en general, implica que se ha de incluir en los estatutos el sistema de retribución tanto de consejeros ejecutivos como no ejecutivos<sup>29</sup>. De la misma forma, los conceptos retributivos del apartado 2 del artículo 217 se aplican a los consejeros ejecutivos<sup>30</sup>.

Respecto del apartado 3 del consejo de administración, este resulta claramente aplicable a todos los componentes del consejo de administración. Este apartado concede al consejo de administración la potestad de reparto de la remuneración a tener de las funciones y responsabilidades asumidas por los consejeros. En la práctica resulta difícil encontrar dos consejeros con distintas responsabilidades que no ostenten cargos ejecutivos o la presidencia o alguna vocalía del consejo. Por ello, el Tribunal Supremo afirma que por lógica se puede afirmar la aplicabilidad del apartado a todos los consejeros.

Mismamente, los parámetros limitadores de la remuneración del apartado 4 son aplicables a los consejeros ejecutivos. De hecho, el tribunal considera que resultaría poco razonable interpretar que aquellos con retribuciones más elevadas -consejeros delegados-, logren persuadir la previsión estatutaria y los límites del 217.4 de la LSC<sup>31</sup>. Como resultado, las remuneraciones de los consejeros delegados deberán guardar proporcionalidad con la importancia de la sociedad y la situación del mercado. Además, se refuerza la obligación legal de incluir el sistema retributivo del consejero ejecutivo en estatutos.

Por tanto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo estipula que los estatutos han de recoger el sistema retributivo de los consejeros, incluidos los ejecutivos. Hasta ahora, la DGRN había interpretado que no era necesario incluirlo en estatutos ya que este venía fijado en el contrato. Entonces ¿cuál es el sentido del contrato que el artículo 249 obliga a celebrar con los consejeros ejecutivos? Para el tribunal hay un doble sentido. Por un lado, el contrato sirve para concretar los conceptos retributivos, así como la cuantía o el

---

<sup>29</sup> *Ibid*, FJ 6 (9).

<sup>30</sup> De hecho, el tribunal considera en su fundamento jurídico sexto, que carece de sentido sostener la no aplicabilidad de este apartado a los consejeros ejecutivos. Esto lo expone dado que algunos de los conceptos enumerados carecen de aplicación práctica para los administradores no ejecutivos, y otros constituyen elemento típico de remuneración del cargo ejecutivo.

<sup>31</sup> *Ibid*, FJ 6 (12).

criterio de cuantificación. Además, el contrato podrá incluir una indemnización por cese anticipado del ejercicio de sus funciones y cantidades en concepto de primas de seguro. La consecuencia se traslada a la interpretación de los estatutos. Para el tribunal, estos han de interpretarse de “*un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que ... había establecido ... el Tribunal Supremo y la propia DGRN*”<sup>32</sup>. Por tanto, las disposiciones estatutarias en materia de remuneraciones han de ser flexibles para que el consejo de administración realice el reparto de las remuneraciones de los consejeros. En especial la del consejero delegado que vendrá fijada en el contrato especial.

Por otro lado, el contrato sustancia la relación entre consejero y sociedad mediante un negocio jurídico bilateral. En este se recogen además los términos y condiciones<sup>33</sup> que han de guiar el desempeño de las funciones ejecutivas. De esta forma, se completan las insuficiencias que existen para la concreción del estatuto legal del cargo, quedando ambas partes vinculadas al contrato<sup>34</sup>.

Resulta necesaria una última precisión sobre los efectos de la sentencia. Para que la doctrina jurisprudencial produzca el efecto que el artículo 1.6 del CC le confiere dentro del ordenamiento jurídico<sup>35</sup>. No obstante, no cabe dudas que esta sentencia va a generar una extensa cola en el registro mercantil donde serán tramitadas baterías de modificaciones estatutarias.

A modo de resumen, tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, la fórmula de remuneración del órgano social queda dividido en 3 niveles. En primero lo conforma los estatutos, donde constara la gratuidad o no del cargo y el sistema de retribución en líneas generales de los administradores en su condición de tales<sup>36</sup>. En segundo lugar, se sitúan

---

<sup>32</sup> *Ibid*, FJ 6 (23).

<sup>33</sup> Por ejemplo: el horario de trabajo, las reuniones a asistir, las funciones concretas que le son delegadas, los objetivos a alcanzar o los límites de sus funciones.

<sup>34</sup> *Ibid*, FJ 6 (19).

<sup>35</sup> Tapia Hermida, A. J. (2018). Retribución de los administradores de las sociedades de capital. Reserva estatutaria y aprobación de la junta. La Sentencia del Tribunal Supremo núm.98/2018, de 26 de febrero. Blog de Alberto J. Tapia Hermida, 6 de marzo de 2018 (online). Visible en: <http://ajtapia.com/2018/03/retribucion-los-administradores-las-sociedades-capital-reserva-estatutaria-aprobacion-la-junta-la-sentencia-del-tribunal-supremo-num-982018-26-febrero> (accedido el 27 de marzo de 2018).

<sup>36</sup> Como ya hemos explicado, para el tribunal engloba a todos los consejeros en el ejercicio de sus funciones sean o no ejecutivas.

los acuerdos de la junta, quién tiene facultad para establecer un importe máximo de remuneración anual<sup>37</sup> (artículo 217.3 LSC) o una política de retribuciones (artículo 249.4 LSC). Además, la Junta General puede dictar instrucciones al consejo o someter a autorización la adopción de acuerdos de la administración -siempre que no se impida estatutariamente- (artículo 161 LSC). Por último, en el tercer nivel se encuentran las decisiones del propio consejo de administración. Este órgano tiene dos facultades, realizar el reparto de las retribuciones y celebrar en contrato con el consejero delegado, donde se detallarán los conceptos con mayor detalle.

Las consecuencias de esta sentencia son en parte positivas para los socios de la sociedad, pues aumenta la transparencia de las remuneraciones de los consejeros ejecutivos. Especialmente en las pequeñas compañías que cumplen los requisitos de la memoria abreviada, donde no es necesario incluir la remuneración de los consejeros prevista en el apartado undécimo del artículo 260. De esta forma, los socios de la compañía tienen mayor acceso a la remuneración de los consejeros al tener que ceñirse el contrato a las disposiciones estatutarias si margen de maniobra. Paralelamente, se dificulta el fraude retributivo, pues el contrato debe ceñirse a las líneas y límites establecidos en estatutos<sup>38</sup>.

A nuestro parecer, el tribunal no está del todo acertado con este cambio interpretativo pues fomenta la transparencia en la retribución del consejero delegado, a costa de entorpecer la flexibilidad contractual con el consejero delegado. Esto provoca que las sociedades vayan a encontrar dificultades para atraer a los directivos más idóneos al verse limitados en mayor medida. A lo que también hay que añadir el punto de vista de los directivos. Éstos dados los continuos cambios jurídicos en este campo, se mostrarán más reacios a su nombramiento como consejeros delegados. A lo que se ha de añadir la preocupación por la suspensión de su vínculo laboral a tenor de la teoría del vínculo y dejan de cobrar su sueldo de alto directivo.

Si bien, no se puede negar que esta exégesis se amolda en parte a la exposición de motivos de la reforma, que indica la preocupación por el conocimiento de los socios de la actividad de la sociedad. De hecho, se logra una mayor seguridad para los socios tal y como reza la

---

<sup>37</sup> Este límite máximo permanece vigente por los años hasta nueva

<sup>38</sup> Lo que supone un avanza en materia preventiva, pues si no queda incluido en estatutos el sistema retributivo, este solo depende de lo establecido en el contrato. Reduciéndose las limitaciones al establecimiento de retribuciones desmesuradas.

motivación de la reforma.

## **2.4 Otros problemas de interpretación.**

Las críticas a la reforma del 2014 de la LSC se han sucedido en lo referente a la materia retributiva de los administradores. Como ya hemos dicho, se ha producido una calificación dispar por los registradores en el momento de registrar los estatutos sociales. Se plantea la incógnita de si la reciente sentencia resuelva las cuestiones que se suscitaban. Sin embargo, persisten algunas dudas que a continuación planteamos.

### **i. ¿Qué solemnidades requiere el contrato especial del consejero ejecutivo para su validez?**

En un comienzo no estaba del todo claro si era necesario protocolizar el contrato especial con el administrador ejecutivo ante notario. Los mismos notarios dudaron sobre si para la elevación a público de los poderes ejecutivos del administrador se tenía que presentar dicho contrato e incorporar a la escritura del cargo de consejero ejecutivo para posteriormente presentarse ante los Registros Mercantiles. Así mismo, algunos registradores requerían el contrato, como elemento probatorio de la aceptación del cargo, para inscribir el nombramiento<sup>39</sup>.

Sin embargo, este contrato bilateral solo afecta a dos partes -sociedad y administrador- y no tiene impacto en las relaciones que mantiene la sociedad con terceras partes, constituyéndose como un asunto interno de la sociedad sin repercusiones externas<sup>40</sup>. Lo relevante en la inscripción del nombramiento del consejero delegado es dar apariencia jurídica frente a terceros. Por ello, no es necesario que el contrato se adjunte para la inscripción en el Registro ya que su contenido no tiene por qué reflejar el nombramiento

---

<sup>39</sup> La inscripción del consejero delegado en el Registro Mercantil despliega efectos de carácter declarativo -retrotrayendo los efectos registrales a la fecha de la celebración (artículo 152 RRM)-, lo que implica que las facultades del administrador existen desde el acuerdo de delegación del Consejo de Administración.

<sup>40</sup> CABANAS TREJO, R. (2015). La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad. Diario La Ley, (8494), p. 6.

del administrador ni los poderes que tiene para vincular a la sociedad. Se configura como un contrato privado que no afecta a terceros ya que no existe requisito para que en este figuren los poderes que le han sido delegados. Deberá adjuntarse el acta de nombramiento y delegación de facultades ya que se configura como elemento acreditativo de la delegación de los poderes para otorgar escrituras.

**ii. ¿Deben los miembros de órganos de administración simple<sup>41</sup> celebrar un contrato especial de retribución de las funciones delegadas?**

La diferencia entre la estructura simple y la compleja reside en que en la primera los poderes ejecutivos son facultades que nacen con el nombramiento de administrador. Mientras que, en la forma compuesta, el consejero no tiene funciones ejecutivas hasta que el consejo de administración le delega tales poderes. Es por ello que la delegación en un consejero supone un poder especial que requerirá una mayor dedicación para el consejero. A tal fin, queda fundamentada una retribución especial por el desempeño de actividades delegadas.

Así mismo, el estudio del nombre del artículo 249, “*delegación de facultades del consejo de administración*”, nos indica claramente que solo operan cuando la administración social opera en forma de colegiada. Por ello, carece de sustento la celebración de un contrato especial en los supuestos de órgano de administración simple.

**iii. ¿Es válido el contrato especial del consejero ejecutivo en el que no se estipula ni un sistema retributivo ni gratuidad del cargo?**

Como ya hemos comentado, la actual redacción de la LSC pretende una remuneración en atención a la dedicación y las responsabilidades asumidas por el administrador. Siguiendo esta línea, lo lógico será que el administrador que desempeña funciones ejecutivas obtenga una retribución mayor al destinar sus servicios hacia dos funciones distintas, lo que requiere un “plus” de dedicación con la empresa. Es por ello, que es importante analizar si se mantiene la presunción de gratuidad del artículo 217.1 de la LSC o por el contrario no opera para la retribución de las funciones ejecutivas. Para ello, resulta necesario realizar una labor interpretativa del artículo 249.4 de la LSC que reza así:

---

<sup>41</sup> Administrador único, dos administradores mancomunados y dos o más administradores solidarios.

*“4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.”*

La norma deja muy claro que no se podrá remunerar por el desempeño de la función ejecutiva a través de conceptos que no figuren en el contrato<sup>42</sup>. Esta disposición prohibitiva establece un límite en la retribución para salvaguardarse de actividades fraudulentas. En este punto nos preguntamos ¿Qué sucede si no se establece un sistema de remuneración en el contrato? Ante esta posibilidad cabría tres posibles consecuencias: que se entienda que el contrato no es válido por carencia de un elemento subsanable, que se interprete como gratuito el cargo o, que se interprete como oneroso y la cuantificación de la remuneración se establezca en base a los estándares de mercado.

Pare ello, hemos de remitirnos a las reglas clásicas de los contratos para analizar la validez del contrato cuando no hay referencia a la remuneración del cargo. Para entender que existe contrato han de concurrir ciertos elementos que se dividen tradicionalmente en esenciales, naturales y accidentales. Los elementos esenciales -consentimiento, objeto cierto y causa- son necesarios en todo tipo de contratos y sin ellos no es válido el contrato. Por tanto, si un consejero ejecutivo da su consentimiento suponiendo que el cargo es remunerado y no lo es, el contrato sería nulo por vicio en el consentimiento. Por otro lado, los elementos naturales son aquellos que están previstos para cada tipo de contratos y deben figurar en ellos salvo disposición contraria de las partes. Aquí se encuentra la llave del asunto, si no figura en el contrato el sistema retributivo, no será válido salvo que una cláusula disponga lo contrario, esto es, que exista una cláusula de gratuidad del cargo.

En contraposición con lo anterior, algunos autores exponen que no es necesario la firma del contrato para desplegar las facultades del administrador<sup>43</sup>. Es decir, la celebración del

---

<sup>42</sup> De hecho, si recibe algún complemento no incluido en el contrato será considerado como liberalidad, la cual no es deducible a efectos del Impuesto de Sociedad (v. *infra* 2.5).

<sup>43</sup> CABANAS TREJO, R. (2015). La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad. Diario La Ley, (8494), P. 4-5.

mismo no configura una *conditio sine qua non* para el otorgamiento de poderes ejecutivos. Este se constituye con un propósito específico para la determinación del sistema de remuneración del consejero delegado. Por tanto, si los estatutos determinan la gratuidad del cargo que desempeñan las funciones ejecutivas, no será necesario celebrar un contrato especial entre ambos<sup>44</sup>. Misma situación legal se presenta en aquellos supuestos donde los estatutos prevén un sistema de retribución específico para las funciones delegadas por el consejo de administración.

A nuestro parecer debe entenderse como no válido por falta de un elemento natural aquellos contratos especiales concertados con el consejero delegado cuando falte el sistema de retribución o disposición contraria a este. De esta forma el contrato que remunera las funciones ejecutivas se perfila oneroso en contraposición con la presunción de gratuidad que rige sobre el desempeño de responsabilidades deliberativas.

**iv. En los casos que los estatutos muestran la gratuidad del cargo de consejero delegado ¿Es obligatorio celebrar un contrato especial?**

El fundamento legal de este contrato se basa en concretar los conceptos retributivos por el desempeño de funciones ejecutivas. Por tanto, este no hace más que desarrollar y precisar lo establecido en los estatutos sociales. Como resultado, si los estatutos estipulan la gratuidad del cargo ¿qué fundamento tiene celebrar el contrato? Para nosotros, no existe un razonamiento consistente para obligar a celebrar un contrato en cuanto que no se precisa concretar el importe remuneratorio, simplemente no existe. Si bien, la sociedad podrá celebrar un contrato en el que se especifiquen otras cuestiones como los límites de sus poderes, indemnización en caso de exceso de sus responsabilidades o la concreción de las funciones delegadas.

**v. ¿Qué sucede si el administrador acepta el cargo bajo la expectativa de que el cargo sea remunerado sin serlo?**

En la situación en la que el administrador acepta el cargo bajo expectativa de remuneración el contrato sería nulo por vicio en el consentimiento siempre que sea causa principal de su aceptación. Sin embargo, habría de atenerse a la diligencia del consejero

---

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 5.

para conocer la onerosidad del cargo. Pues si hubiese podido conocer por medios razonables tal carácter del cargo, la culpa sería imputable al administrador. Esto último resultaría relevante en el caso de que se hubiera firmado de antemano una cláusula penal que con llevase indemnización en caso de cese voluntario del administrador, quién podrá cesar en todo momento.

**vi. ¿Qué sucede si se retribuye de forma distinta a lo establecido en el contrato especial celebrado con el consejero delegado?**

Otro problema surge en aquellos casos en los que se retribuye al administrador ejecutivo con conceptos o en atención a criterios que no están estipulados en el contrato. En estos casos la solución parece bastante clara, pues la norma no permite retribuir la función ejecutiva a través de fórmulas no concretadas en el contrato o en los estatutos sociales. Como consecuencia, estos serán considerados como liberalidades<sup>45</sup>, los cuales tienen un régimen legal y tributario distinto. (v. *infra* 2.6).

**vii. La remuneración externa.**

En España, es habitual que los administradores de grandes sociedades sean remunerados por sujetos que no forman parte de la empresa, es decir, entidades externas. Ciertamente, esta doble retribución da lugar a problemas de lealtad con la empresa. Se genera una situación en la que el administrador tratará de contentar a ambos patrones, pero cuando estos tengan intereses distintos tendrá que decidirse por uno de los dos. El concepto cobra una mayor transcendencia en grandes sociedades donde los consejeros dominicales reciben dobles remuneraciones o cuando *hegde funds* proponen incentivos a los administradores para que mejore la evolución de la acción, por ejemplo<sup>46</sup>.

Esta situación puede dañar el deber de lealtad que somete a los administradores. Es por ello que surge la necesidad de una regulación concreta que impida que la sociedad se vea afectada. El artículo 229.1 de la LSC impide al administrador “*obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño*

---

<sup>45</sup> ADAME MARTÍNEZ, F. D. & ROMERO PLAZA, C. J. (2016). Retribución de administradores. Aspectos mercantiles y fiscales. Aedaf, enero 2016, p. 8.

<sup>46</sup> PAZ-ARES, J. C. (2013). La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas. Revista de derecho mercantil, (290), p. 85.

*de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía*". Sin embargo, a nuestro parecer, la prohibición se refiere a actos de corrupción entre particulares, como puede ser contratar un proveedor menos cualificado por una ventaja que este confiere al administrador. Estos actos no son los que atañan nuestro estudio, pues consideramos que ya se hayan regulados y pueden considerarse un ilícito penal de corrupción privada. No obstante, la problemática a la que nos referimos incluye aquella remuneración por alcanzar resultados positivos para la empresa.

Así mismo, doctrina cuestiona la legalidad de estas retribuciones (v. *infra* 3.1 y 3.2), pero a falta de norma prohibitiva expresa, solo cabe ampararse en la colisión con el deber de lealtad realizando una interpretación extensiva del artículo 229.1 de la LSC. Nuestra visión se inclina por incluir una disposición más concreta que prohíba la configuración de estas retribuciones. Si bien, nos mostramos proclives a aceptarlas cuando sean de interés social (v. *infra* 4.1).

## **2.5 Diferenciación entre vínculo mercantil y laboral. Teoría del vínculo**

Para el entendimiento del vínculo entre el administrador y la sociedad, es conveniente abrir las puertas a la materia laboral, la cual se ve afectada también por las modificaciones legales del 2014. En concreto, estos cambios societarios tienen un importante impacto en la interpretación del artículo 1.3.c. del Estatuto de los Trabajadores.

Hasta ahora la jurisprudencia había sido clara a cerca del derecho aplicable a los consejeros a través de la teoría de vínculo. Esta nació con el caso Huarte en 1988 y resuelve las dudas jurídicas sobre la posible coexistencia de un contrato mercantil de prestación de servicios con el contrato laboral especial de alta dirección. Dicha sentencia<sup>47</sup> introdujo en nuestro ordenamiento la denominada teoría del vínculo. Según esta doctrina, el vínculo mercantil -propio de los consejeros- absorbe el vínculo laboral especial de alta dirección, formalizado por el directivo antes de ser nombrado consejero.

---

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (sala de los Social), de 29 de septiembre de 1988. Aranzadi instituciones, RJ 1988\7143.

Sin embargo, sí que permite la coexistencia del vínculo laboral común y el mercantil, lo que en la práctica es casi inexistente en grandes sociedades, pero tiene relevancia en pequeñas empresas familiares. A modo de ejemplo, no se debe negar el pago de una nómina con todas sus ventajas al administrador de un taller mecánico donde desempeña también las labores de trabajo de un mecánico, o al hijo que trabaja en la entidad familiar con contrato laboral común que su padre le nombra consejero.

La primera consecuencia práctica de esta doctrina fue que el orden social de la jurisdicción dejó de resolver cuestiones sobre consejeros nombrados tras haber desempeñado una función de alta dirección en la empresa al declararse incompetente. La competencia de estos asuntos paso a ser del orden civil.

Asimismo, la firma del contrato de consejero conlleva la extinción de aquel de alta dirección, lo que puede suponer problemas para los intereses del directivo, ya que al ser cesado del consejo no podría volver a ejercer sus funciones anteriores salvo celebración de nuevo contrato de alta dirección. En este sentido, se deberá firmar un pacto de suspensión del contrato de alta dirección, de tal forma que durante la vigencia del contrato mercantil de consejero quedará sin efectos hasta el cese del directivo del cargo de administrador<sup>48</sup>.

La línea jurisprudencial de la teoría del vínculo ha sido debatida por la doctrina en tanto que los consejeros delegados mantienen las notas características de laboralidad: ajeneidad y dependencia<sup>49</sup>. Por un lado, el consejero ejecutivo debe someterse a las instrucciones impartidas por el Consejo, manifestándose la subordinación propia del orden laboral. No cabe autonomía en la ejecución de las funciones que le han sido otorgadas ya que ha de cumplir con una serie de directrices. Por otro lado, la nota de ajeneidad puede plantear más dudas en aquellos casos donde el consejero participa en la sociedad. Sin embargo, la posesión de participaciones sociales solo implica la ordenación por cuenta propia del trabajo en aquellos casos en los que se presume que ejerce el control efectivo de la sociedad. Es por ello, que el consejero delegado mantiene la nota de ajeneidad cuando no ostenta una participación suficiente para el control societario.

---

<sup>48</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (2010). Altos cargos y doble vínculo (I): crítica a los " excesos" de la doctrina del vínculo. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 3(3), 65-93.

<sup>49</sup> *Vid* nota 8.

La nueva legislación puede suponer un cambio jurisprudencial en cuanto a la imposibilidad de compatibilidad de vínculos. De esta forma, se establece una distinción entre el administrador que -según el artículo 209 de la nueva LSC- se dedica a “*la gestión y la representación de la sociedad...*” y el “*consejero delegado o que se les atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título*”<sup>50</sup>, descritos en el artículo 249.3. Esta distinción supone una diferenciación “*entre las funciones de administración social y las propiamente ejecutivas sin confusión alguna entre ambas*”<sup>51</sup>, abriendo el camino de la coexistencia de un vínculo orgánico y otro de alta dirección entre sociedad y administrador.

En este último artículo, el legislador establece la necesidad de celebración de un nuevo contrato para esta última clase de consejeros sin especificar el tipo -mercantil o laboral de alta dirección-. Sin embargo, se puede intuir la mercantilidad del contrato, pues de lo contrario nos topáramos con el freno de la teoría del vínculo que lo dejaría sin efectos.

Aquellos consejeros que únicamente desarrollan las actividades propias de su cargo quedan excluidos del ámbito laboral a tenor del artículo 1.3.c del Estatuto de los Trabajadores. De esta forma, la vinculación con la empresa ha de ser mediante un contrato mercantil. En la misma situación se encuentran los consejero delegados o ejecutivos. Sin embargo, no parece tan osado pensar que la nueva redacción del artículo 249 abre la puerta a permitir la conciliación entre vínculos laboral y mercantil para este colectivo.

A nuestro parecer y sin ser objeto de este estudio, la diferenciación entre las funciones de los consejeros prevista en la nueva redacción de la LSC, invita a la posibilidad de la doble vinculación del consejero delegado -orgánica y laboral de alta dirección. Es por ello que consideramos que hay base para hacer una revisión de la teoría del vínculo.

El impacto de la reforma en materia laboral la podemos describir como un elemento armonizador que otorga coherencia respecto de la disposición del artículo 1.3.c. del Estatuto de las Trabajadores. De esta forma se abre una nueva fase en su interpretación que permite considerar unos administradores sociales que ejercen más funciones -algunas de naturaleza laboral- de las propias de su cargo como sujetos con vínculos de naturaleza

---

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 4.

<sup>51</sup> *Ibid*, p. 15.

mercantil y laboral.

## **2.6 Excurso sobre la fiscalidad de las relaciones administrador-sociedad.**

Cuestión que no ha de pasar por alto es la repercusión en el plano fiscal de las retribuciones de los miembros del órgano social. Las altas remuneraciones han generado un interés en el Ministerio de Hacienda para controlar la tributación de estos rendimientos. De esta forma, las retribuciones producen un doble impacto fiscal, afectando al Impuesto de Sociedades y al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Para disipar algunas dudas que han surgido, la Dirección General de Tributos ha dictado varias resoluciones vinculantes que aclaran el método tributario a seguir.

### **I. Efectos fiscales en el Impuesto de Sociedades.**

Los fiscalistas se han preguntado si es procedente la deducción de las remuneraciones que satisfacen a los administradores, y cuál es la retención que les resulta aplicable. Esta cuestión fue resuelta hace años por el Tribunal Supremo, de forma que aquellas retribuciones no incluidas en los estatutos son consideradas liberalidades. Como consecuencia se calificaban como no deducibles dichas partidas. Sin embargo, la última reforma del Impuesto de Sociedades amplía esta exclusión al establecer que *“las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad”* (art. 15.e LIS). Es decir, aquellas retribuciones que se amparan en el contrato especial celebrado con el consejero ejecutivo también gozan de deducibilidad. De esta forma, se amplía la deducibilidad de los estatutos sociales a todas las retribuciones pactadas entre la sociedad y los administradores.

Supuesto interesante de análisis lo conforma el del administrador social que paralelamente realiza servicios distintos de las propias del órgano social –un ingeniero,

por ejemplo-. En estos casos también es deducible el pago de las funciones que no concierne al cargo de administrador.<sup>52</sup>

La realidad es que hay un gran abanico de posibilidades dada la autonomía de configuración del órgano social y de sus miembros. Por eso, la Dirección General de Tributos recuerda que para que quepa deducción en el Impuesto de Sociedades se deberá hacer un análisis previo del cumplimiento de *“los requisitos de inscripción contable, correlación de ingresos y gastos, imputación con arreglo a devengo y justificación documental y siempre que se valoren a valor de mercado”*<sup>53</sup>.

## **II. Efectos fiscales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.**

En el marco del administrador como contribuyente, no cabe dudas de que la tributación se realiza vía Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. El problema surge en la calificación de la remuneración ¿Han de incluirse en la categoría de rendimientos del trabajo o en rendimientos de actividades económicas?

Examinando los artículos 17 y 27 de la Ley del IPRF se pueden distinguir dos tipos de rendimientos, aquellas previstas en los estatutos por el desempeño del cargo y las que retribuyen otras actividades que el administrador realiza. Las primeras constituyen un rendimiento del trabajo siempre que venga determinado el sistema de retribución por estatutos<sup>54</sup>.

Respecto de las retribuciones que no son inherentes al cargo, la DGT ha manifestado que pueden ser considerados rendimientos de actividades económicas. Para tal calificación el contribuyente debe ordenar por cuenta propia los medios de producción y los recursos que sean necesarios. Elementos que prueban la ordenación por cuenta propia son la contratación de trabajadores por su cuenta o el uso de material propio.

---

<sup>52</sup> Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V1613-15 de 26 de mayo de 2015.

<sup>53</sup> Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V0441-14 de 18 de febrero de 2014.

<sup>54</sup> ADAME MARTÍNEZ, F. D. & ROMERO PLAZA, C. J. (2016). *Op. Cit.* Pp. 13-14.

Caso especial resulta el del administrador que es socio de la empresa al mismo tiempo que realiza un servicio para la empresa. En estos casos son necesarios dos elementos para que se califiquen como rendimientos de actividades económicas. Se requiere un componente subjetivo –que la actividad se encuadre en la sección segunda de las tarifas del Impuesto de Actividades Económicas- y un elemento objetivo –estar dado de alta en el RETA o mutualidad de previsión social alternativa<sup>55</sup>. Si no se cumpliesen ambos elementos será calificada la remuneración como rendimiento del trabajo.

Por otro lado, se ha planteado que en aquellos casos donde se produce no se deduce la sociedad del Impuesto de Sociedades la remuneración del consejero se produce una doble imposición al tener que tributar más tarde en el IRPF<sup>56</sup>. Para aclarar este punto ha intervenido de forma tajante el Tribunal Económico Administrativo dictando resolución el 6 de febrero de 2014, donde declara que no se produce duplicidad impositiva en dichos casos.

---

<sup>55</sup> Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V1148-15, de 13 abril 2015.

<sup>56</sup> ADAME MARTÍNEZ, F. D. & ROMERO PLAZA, C. J. (2016). *Op. Cit.* P. 15.

## CAPÍTULO II

# LA RETRIBUCIÓN EXTERNA

## CAPÍTULO II: LA REMUNERACIÓN EXTERNA

### 3.1 El concepto de remuneración externa.

Aquello que la ley no prohíbe, se permite. Esta expresión legal parece haber reinado estos últimos años en el campo retributivo de los consejeros. La normativa vigente regula la remuneración satisfecha por la propia compañía. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de que personas ajenas a la empresa retribuyan el cargo de administrador. Aquí es dónde surge el problema, pues en la práctica societaria es común que los consejeros reciban beneficios de terceras partes. Con esto no nos referimos a la percepción de ventajas patrimoniales de contenido ilícito como pueden ser los sobornos. Estos quedan prohibidos en el artículo 286 bis del Código Penal, por lo que no resulta necesario exponer sus problemas y quedan fuera de nuestro análisis.

En este contexto, se bautizó el término “retribuciones externas”<sup>57</sup> para referirse al grupo remuneraciones que, al no provenir de la sociedad, las califica como jurídicamente anómalas. En este, se engloban dentro del término “*cualquier remuneración percibida por un administrador en atención a su actuación como tal y satisfecha por un tercero distinto de la sociedad, normalmente un accionista o grupo de accionistas*”<sup>58</sup>. Por tanto, el concepto abarca todos aquellos beneficios patrimoniales o ventajas de cualquier índole que perciban los consejeros por la consecución de un objetivo que marca un sujeto externo. Así mismo, diferencia dos tipos de remuneraciones, las ya mencionadas y las “retribuciones internas”, que se configuran como cualquier remuneración satisfecha al administrador por la sociedad.

Llama la atención la falta de pronunciamiento de la doctrina y los medios en este punto,

---

<sup>57</sup> Término poco debatido por la doctrina al que Paz-Ares dio nombre en su estudio “La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas” (*vid* nota 43). Él apunta que la falta de debate se debe, probablemente, a que no está reconocida como una retribución que genere problemas.

<sup>58</sup> *Vid* nota 45.

lo que dista de los sistemas anglosajones<sup>59</sup>. En ellos el debate se ha desarrollado durante años sin ser definitivamente resuelto. En este sentido, autores ingleses muestra el dilema de los administradores al aceptar estas remuneraciones pues no saben ciertamente el verdadero alcance legal que tienen. Estos, consideran que una interpretación estricta de la ley puede llevar a considerar como ilegales las satisfacciones percibidas de fondos externos, pues puede violar el deber de lealtad<sup>60</sup>.

Los casos más recurrentes en la práctica jurídica de estas peculiares retribuciones son las siguientes: (i) el consejero dominical que percibe una cantidad económica por parte del accionista que le ha nombrado. De este modo, el administrador percibe un jornal externo adicional al que le corresponde por estatutos. (ii) El administrador que recibe un incentivo económico en función de la evolución de la cotización de la acción u otros activos susceptibles de cotización. Este supuesto es el paradigmático de los *hedge funds* que han adquirido una participación relevante con finalidades económicas a corto o medio plazo. Estos incluyen las acciones en sus fondos y necesitan que la evolución de los activos que incorporan sea rentable. Para ello se comprometen a abonar a los administradores cuantías económicas si aumenta el precio de los activos que han comprado, lo cual lleva a los consejeros a focalizar sus decisiones más en el corto plazo que en el largo. (iii) Por último, una sociedad matriz retribuye a los administradores de su filial, lo que supone un suplemento de la retribución estatutaria. Elemento típico lo conforman los planes de opciones sobre acciones de la matriz<sup>61</sup>.

Si bien es cierto que los supuestos anteriores son típicos de las sociedades cotizadas, estos afectan a cualquier tipo de sociedad. En el siguiente apartado realizaremos un análisis de las cuestiones que hacen dudar de la legitimidad de las “retribuciones externas”. Para ello, nos valdremos de reglas básicas del derecho y de los problemas que ocasiona permitir las.

---

<sup>59</sup> En el Reino Unido, la propia “Companies Act 2006” declara en su disposición 176 que los directivos no han de percibir beneficios de terceras partes que no son asociadas de la compañía. Además, otros autores como David Gelles se han pronunciado sobre la cuestionable licitud de estas prácticas.

<sup>60</sup> GELLES, D. (2018). A Debate Over Paying Board Nominees of Activist Funds. [online] Disponible en: [https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?_php=true&_type=blogs&_r=0) [Accedido 2 Feb. 2018].

<sup>61</sup> Enumeración de supuestos realizada por PAZ-ARES, J. C. (2013). *Op. Cit.* Pp. 85-86.

### **3.2 Los problemas de la remuneración externa.**

Esta clase de retribuciones presentan muy diversos problemas prácticos como puede ser la división en el consejo o los dilemas éticos a la que se han de enfrentar los administradores. No obstante, el objeto del trabajo se centra en la perspectiva legal, por lo que presentaremos los problemas legales que genera permitir esta clase de retribución.

El primer problema al que nos tenemos que referir son las fisuras que estas remuneraciones generan en la lealtad del administrador con la sociedad. Resulta evidente que, ante una doble remuneración, el consejero se ve obligado a satisfacer los intereses tanto de la sociedad como del agente externo que le remunera. El agente externo tiene expectativas de que el consejero actuará para sus intereses de acuerdo con el principio de reciprocidad<sup>62</sup>. Esto origina graves perjuicios sobre la lealtad con la compañía y la independencia del consejero -que se predica tanto de consejeros independientes como dominicales-.

Con la nueva redacción de la LSC se concretan las obligaciones básicas que comprende el deber de lealtad. En este sentido, el artículo 228.e de la LSC dispone que los administradores han de adoptar medidas para evitar situaciones en las que sus intereses - propios o ajenos- entren en conflicto con el interés social. Como resultado, se puede argumentar que esta disposición prohíbe indirectamente las retribuciones externas cuando se interpongan con el interés social.

Entonces, ¿la percepción de beneficios patrimoniales supone la quiebra del deber de lealtad? En relación con lo expuesto en líneas anteriores, parece poco discutible que la remuneración de una entidad externa provoca, al menos, una intención moral de defender los intereses de este. En este sentido, el administrador que percibe remuneraciones externas levanta pocas barreras para evitar entrar en conflictos con el interés social. Por

---

<sup>62</sup> La psicología ha enunciado el principio de reciprocidad en contraposición con el altruismo como formas de relaciones humanas. La diferencia entre ambas reside en la respuesta esperada de la otra parte. De esta forma el altruista no espera nada a cambio de los beneficios de su conducta. No obstante, el que obra según el principio de reciprocidad tiene expectativas de comportamiento de la otra parte para seguir vinculados [CALVO, P. (2010). ¿Homo economicus u homo reciprocans? Contribución de la ética y la neuroeconomía al principio de reciprocidad. In *Actas del V Congreso Internacional de la Sociedad Académica de Filosofía: razón, crisis y utopía*. Pp. 103-105].

ello, a nuestro juicio las remuneraciones externas quedan prohibidas de forma indirecta por vía del artículo 228.e de la LSC.

Sin embargo, a nuestro parecer, la legislación ha de ser más concreta sobre la prohibición de este tipo de remuneraciones. En esta línea, el mundo anglosajón comenzó los movimientos para la prohibición de las remuneraciones externas con la disposición 176 del Companies Act 2006<sup>63</sup>. En ella se compele a percibir beneficios de cualquier tipo de terceras partes salvo que no pueda resultar en un conflicto de interés o sea autorizada por la compañía.

En España, se ha propuesto otra medida que se estima altamente eficaz para evitar el daño en el deber de lealtad. Esta implica la repatriación de los beneficios externos a la sociedad<sup>64</sup>. Es decir, las remuneraciones externas percibidas por los administradores deberían ingresarse en la sociedad. Esta medida se fundamenta en que lo percibido por el consejero es consecuencia directa de su cargo dentro de la empresa, de forma que, de ser cesado, dejará de percibirla. Por tanto, como la razón de obtenerla se posiciona en la sociedad, esta debe ser la que reciba dicha cantidad. El mismo planteamiento sigue la institución del mandato, en el cual los beneficios que surgen de la relación fiduciaria pertenecen al principal como compensación de la asunción de riesgos<sup>65</sup>.

La segunda cuestión compleja lo forman los incentivos económicos promovidos por los *hedge funds*. Estos planes, fuerzan a los directivos a focalizar su acción social en el corto plazo, cuando deben seguir una visión largoplacista que permita la subsistencia de la empresa<sup>66</sup>. Y esto no es todo, pues los fondos de inversión pueden pretender la quiebra de una sociedad para hacer una posterior compra con otra empresa que poseen y obtener grades beneficios<sup>67</sup>. No cabe duda que estas prácticas son perjudiciales para la sociedad - además de éticamente reprochables-. Por ello debería evitarse que los administradores

---

<sup>63</sup> Disposición 176, “*duty not to accept benefits from thirds parties*”, del Companies Act de 2006.

<sup>64</sup> PAZ-ARES, J. C. (2013). *Op. Cit.* 95-96.

<sup>65</sup> PARDOW, D. (2006). Potestades de administración y deberes fiduciarios. *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: LexisNexis. 101-102

<sup>66</sup> GELLES, D. (2018). A Debate Over Paying Board Nominees of Activist Funds. [online] Disponible en: [https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?_php=true&_type=blogs&_r=0) [Accedido 2 Feb. 2018].

<sup>67</sup> TABRA, E. P. (2018). El aporte del gobierno corporativo en las soluciones de los problemas actuales de la empresa moderna. *Revista de Derecho*, (23), p. 8.

tuviesen acceso a remuneraciones de estos agentes externos, al menos cuando los intereses de esta sean contrarios al interés social. Y ¿Quién determina el interés social? Este es el interés que tiene la mayoría de los accionistas, debe entenderse que dicha mayoría ha de ser amplia para evitar perjudicar a un conjunto relevante de los propietarios. En la misma línea se pronuncia Paz-Ares. Para él no debe ser el consejero quién decida sobre lo beneficioso o perjudicial de la remuneración para el interés social, sino que deben ser los accionistas. De esta forma, es la Junta General la que debe aprobar y permitir que un administrador perciba un sueldo externo<sup>68</sup>.

Como hemos expuesto, el argumento más sólido para la prohibición de estas remuneraciones la constituye el deber de lealtad. Sin embargo, nosotros consideramos que la calificación de quiebra de este deber compete únicamente a la sociedad, pues se trata de una relación bilateral sociedad-consejero en la que no han de incidir agentes externos. Aquí es donde entra en juego el interés social.

Se ha escrito mucho sobre el interés social, algunos estiman que es la voluntad de una mayoría cualificada de los socios mientras que otros engloban en el término los intereses de los *stakeholders*. Lo relevante a nuestros ojos reside en determinar un mecanismo hábil que permita o prohíba estas retribuciones en el seno de cada organización empresarial. Es por ello que consideramos más adecuada la acepción de interés social a la manifestación de una mayoría cualificada en el seno de la Junta General. Por tanto, el legislador deberá prohibir las remuneraciones externas salvo cuando una mayoría cualificada lo permita en una sociedad ya sea por acuerdo expreso en Junta General *ad hoc* o con una fórmula genérica plasmada en los estatutos.

La relevancia del interés social se complica cuando entran en acción una sociedad matriz y su filial. Se han de analizar el interés social de la filial, el de la matriz y el del grupo societario. A diferencia de lo que sucede en los anteriores supuestos, aquí la sociedad matriz propone un plan de *stock option* sobre acciones a los consejeros de la filial. En este punto, algunos autores reflexionan sobre el interés que ha de primar. A través de un meticuloso razonamiento se interpreta que ha de prevalecer el interés del grupo<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> PAZ-ARES, J. C. (2013). *Op. Cit.* Pp. 105-107.

<sup>69</sup> *Ibid*, pp. 117-118.

El razonamiento expuesto en el capítulo señala la necesidad de avanzar a paso firme para la regulación de la remuneración externa, ya sea para permitirla o prohibirla. En nuestra opinión, es preferible realizar una prohibición sujeta a excepciones que residan en el interés social. Para ello propondremos unas disposiciones legales en el siguiente apartado.

# CAPÍTULO III

## PROPUESTAS FINALES

## **CAPÍTULO III: PROPUESTAS FINALES.**

### **4.1 Propuesta de previsión legal para las retribuciones de los administradores sociales.**

En este apartado trataremos de proponer distintos matices a la norma con el objetivo de fortalecer el principio de transparencia de la información al socio. En segundo plano, nuestras puntualizaciones tienden a favorecer la sostenibilidad y estabilidad a largo plazo de la sociedad y la obstaculización del fraude. Todo ello bajo el principio de libertad de contratación que rige en nuestro sistema jurídico.

Las reformas que proponemos guardan dos fines principales: (i) permitir que los socios recaben la información necesaria y (ii) fomentar la competitividad de los administradores societarios. Consideramos que la legislación ha de permitir y favorecer que las sociedades incluyan en su administración a ejecutivos altamente preparados. Para ello, es necesario flexibilizar la regulación retributiva, de forma que permita crear un sistema *ad hoc* para cada consejero ejecutivo, sin necesidad de acudir continuamente a lo establecido estatutariamente<sup>70</sup>. Todo ello sin perder la perspectiva del socio, que demanda un mayor acceso a esta información. Así mismo, propondremos algunas puntualizaciones legislativas que despejen las dudas interpretativas. Para mayor comodidad del lector, el anexo I recoge una tabla comparativa entre los cambios que proponemos y la legislación actual.

El primer cambio que proponemos tiene un objetivo directo y claro, aumentar la facilidad de obtención de la información de los socios. Actualmente, las sociedades medianas y pequeñas<sup>71</sup> tiene la opción de elaborar una memoria abreviada. Esta variación de la

---

<sup>70</sup> Evidentemente, los estatutos podrán establecer aquellas limitaciones que consideren oportunas. Sin embargo, no será necesario la inclusión del sistema retributivo en los estatutos para que sean válidas las disposiciones retributivas del contrato con el consejero delegado.

<sup>71</sup> Nos referimos a las sociedades que cumplen con dos de los requisitos del artículo 258: (a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. (b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. (c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

memoria excluye la mención a la remuneración del personal de alta dirección y de los órganos de administración. La consecuencia directa resulta en un menoscabo de la información que obtienen los socios. Por ello, en favor de la transparencia de estas retribuciones, proponemos que sea obligatoria la mención del importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados por administradores y directivos que actualmente se recoge en el apartado 11 de la memoria económica (artículo 206 de la LSC). El impacto en el artículo 261 quedaría recogido de esta forma:

*Art. 261: (...) En cualquier caso deberá suministrarse la información requerida en la indicación primera, quinta, sexta, décima en lo referente al número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, y, **undécima, decimocuarta, decimoquinta, decimonovena y vigesimoprimera.**” (En negrita la propuesta que añadimos al texto legal).*

Así mismo, la reciente Sentencia del TS no permite crear un sistema *ad hoc* para el consejero ejecutivo, pues este ha de ajustarse escrupulosamente a las disposiciones estatutarias. De hecho, se establece una tediosa dependencia estatutaria de la que caben pocas escapatorias. A nuestro parecer, resulta de mayor utilidad para la contratación de estos directivos permitir la libre contratación sin más restricciones que las expresamente establecidas en estatutos. De esta forma, los socios podrán establecer aquellas limitaciones que consideren oportunas, mientras que el consejo de administración tendrá facultad para adaptar el sistema retributivo a través del contrato celebrado entre ambos. Es por ello que proponemos el siguiente cambio legislativo:

*Art. 249.4:” En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. **No será necesaria expresión estatutaria de los mismos para su validez, sin perjuicio de las disposiciones prohibitivas que se establezcan.** (...)”*

El artículo 229 de la LSC establece la obligación del administrador de evitar situaciones en las que pueda obtener ventajas o remuneraciones de terceros. Si bien, como ya hemos explicado anteriormente, interpretamos que dicho artículo hace

referencia a actos ilícitos. Así, entendemos que se ha de regular con mayor detalle la remuneración externa de los administradores. Entendemos que la retribución externa percibida por el consejero se debe a la posición que ocupa, y no por la persona *per se*. En esta tesitura, consideramos que los agentes externos retribuyen un cargo que pertenece a la sociedad y, por tanto, la legitimidad del importe percibido corresponde a la sociedad. Es por ello que proponemos una disposición que obligue a destinar aquellos importes percibidos por el consejero de manos externas. No obstante, han de establecerse ciertas excepciones en favor del interés social y de los administradores. De esta forma, los pequeños detalles de cortesía no se someterán al precepto, al igual que las remuneraciones del socio al consejero dominical que ha designado. Por otro lado, los socios han de tener autonomía para decidir vía estatutos o por acuerdo de junta, aquellos supuestos no incluidos en dicha restricción. Con todo ello, la redacción propuesta del artículo 220 bis rezaría:

***“Artículo 220 bis. Remuneración externa de los administradores.***

***1. Todo beneficio, favor o importe percibido por el administrador de un tercero, que guarde relación con el ejercicio del cargo, corresponde a la sociedad, salvo disposición contraria de los estatutos sociales o atenciones de mera cortesía. Se entiende por tercero aquella persona física o jurídica que no actúa en nombre de la sociedad.***

***Las retribuciones o beneficios que el representado confiere al consejero dominical quedan excluidas del apartado anterior.***

***2. El administrador podrá aceptar como suyo los beneficios satisfechos por un tercero, cuando así lo establezca acuerdo con el voto favorable de dos terceras partes de la junta general.”***

A las ya explicadas modificaciones, incluimos algunas aclaraciones que permiten disipar que permite disipar las dudas interpretativas que se han generado estos últimos años, ya mencionadas en el presenta trabajo. Consideramos que el artículo 217.1 de la LSC debe esclarecer si la presunción de gratuidad se extiende a todos los consejeros con

independencia de sus funciones<sup>72</sup>, o si se predica únicamente de las funciones deliberativas<sup>73</sup>. En nuestra opinión, parece más razonable la primera de las opciones. Esta es la postura sostenida recientemente por el Tribunal Supremo y, como ya se ha explicado, favorece la transparencia de información de cara a los socios<sup>74</sup>. Por ello, el precepto legal debe acotar el tipo de consejeros a los que se refiere según las funciones que realizan. Con todo ello, la redacción propuesta del artículo 217.1 rezaría:

Art. 217: “1. *El cargo de administrador es gratuito, con independencia de las funciones que desempeñe, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.*” (En negrita la propuesta que añadimos al texto legal).

Como ya hemos observado<sup>75</sup>, para nosotros no existe un razonamiento consistente para obligar a celebrar un contrato cuando el cargo de consejero delegado es gratuito. Si bien, la sociedad podrá celebrar un contrato en el que se especifiquen otras cuestiones como los límites de sus poderes, indemnización en caso de exceso de sus responsabilidades o la concreción de las funciones delegadas. Por tanto, proponemos una fórmula que permita no celebrar dicho contrato para aquellos casos en los que el cargo sea gratuito estatutariamente, sin perjuicio de la libertad de celebración del contrato de la sociedad. De esta forma, la redacción del precepto se aproximaría en los siguientes términos:

Art. 249: “3. (...) *Cuando el cargo de consejero delegado sea gratuito, no será necesario celebración de contrato.*”

No debemos descuidar las repercusiones fiscales de las remuneraciones. Por ello, consideramos que la legislación ha de determinar la naturaleza de los importes recibidos que no constan estatutos o en el contrato *ad hoc* del consejero delegado<sup>76</sup>. A nuestro parecer, estos deben apreciarse como liberalidades ya que quedan fuera de la retribución que el administrador presume alcanzar. Éstos, no consideran que se les vaya a remunerar

---

<sup>72</sup> Tesis del Tribunal Supremo que nos retrotrae a la situación vigente con anterioridad a la reforma.

<sup>73</sup> Postura interpretativa que mantuvo la DGRN hasta la STS de 26 de febrero (v. *supra* 2.2).

<sup>74</sup> V. *supra* 2.3.

<sup>75</sup> V. *infra* 2.4. iv.

<sup>76</sup> Recordar la línea defendida durante el estudio en la que hacemos énfasis en que la doctrina del milímetro la consideramos desfasada, con mayor motivo tras la STS del 26 de febrero. Por ello, los estatutos no han de precisar absolutamente todo lo relativo a la remuneración de los administradores.

por un concepto distintos de los pactados. Situación semejante a la de los socios, que podrán no mostrarse conformes con dicho acto *extra pactum*. Por ello, todo importe no pactado se deben considerar liberalidades con sus correspondientes consecuencias jurídicas<sup>77</sup>.

Con lo anterior, estimamos apropiado incluir un apartado en el artículo 217 y añadiendo una expresión al artículo 249.4. Estos tienden a especificar el carácter de dichos beneficios económicos, quedando su redacción del siguiente modo:

*Art. 217: “5. Los administradores podrán percibir exclusivamente lo establecido en el sistema de remuneración, sin perjuicio de la retribución de prestación de servicios recogido en el artículo 220. Todo importe no incluido en estatutos o contrato se considera liberalidad, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.”*

*Artículo 249: “4. (...) El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. Todo importe que exceda lo establecido en el contrato se considera liberalidad, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. (...)”* (En negrita la propuesta que añadimos al texto legal).

Por último, somos conscientes de las dudas que se han planteado sobre la aplicabilidad del artículo 249 para los órganos de administración simple. Nosotros no comprendemos las dudas ya que la disposición en cuestión habla únicamente de los consejos de administración, excluyendo su aplicación a los administradores únicos, solidarios o mancomunados. Para evitar dichas dudas y sin entendiendo que no cabe otra interpretación del artículo 249, incorporaríamos la apreciación mencionada incluyendo un quinto apartado en el artículo 249:

*Art. 249: “5. En caso de administrador único, administradores solidarios, o de administradores mancomunados, no será necesaria la celebración del contrato de delegación.”*

---

<sup>77</sup> Como hemos expuesto, la sociedad no podrá deducirse estos importes en el cómputo de la Base Imponible del Impuesto de Sociedades.

#### **4.2 Ejemplos de cláusulas retributivas en estatutos.**

El campo mercantil permite una amplia gama de libertades que posibilitan regímenes estatutarios muy diversos. No obstante, existen algunos límites que se han de observar frente a la flexibilidad permitida. Cuestión importante es la claridad en la redacción, pues los Registradores se muestran reacios a admitir el registro de estatutos que pueden plantear problemas legales, especialmente por inexactitud o falta de concreción.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo supone un cambio interpretativo de los artículos 217, 218, 219 y 249 de la LSC. La primera consecuencia lógica será el cambio de criterio en los tribunales ordinarios, los cuales mutarán su guion interpretativo de acuerdo con la justificación del TS. Por ello, planteamos una serie de cláusulas estatutarias que se amoldan a los nuevos criterios<sup>78</sup>.

El primer punto en el que hemos de reparar a la hora de redactar los estatutos es si mantener la gratuidad del cargo o romper esta presunción a través de una expresión clara de la retribución del cargo (v. tabla1, ejemplo 1). Lo más habitual en los estatutos es distinguir entre retribuciones según el cargo que se ostenta. De esta forma, el presidente del consejo suele tener un concepto retributivo añadido por función del cargo (v. *infra* Tabla 1, ejemplo 5). Misma diferenciación sucede con los administradores ejecutivos, a los que en muchas ocasiones se les reconoce una asignación extraordinaria en los estatutos (v. *infra* tabla 5). En los ejemplos que exponemos obviamos la literalidad de la doctrina del milímetro por considerarse desfasada por el Tribunal Supremo<sup>79</sup>.

La fórmula escogida supone que el importe para la partida destinada a retribuir a los administradores es fijado por la Junta General. Ésta, permanece en el tiempo para evitar situaciones de desacuerdo de los accionistas que provocaría la ausencia de remuneración del órgano de administración. Si bien, para evitar el estancamiento de los precios por una continua confrontación del accionariado, se establece un sistema automático que

---

<sup>78</sup> Llegados a este punto reiteramos que la sentencia del TS no tiene aplicación directa a través del artículo 1.6 del CC.

<sup>79</sup> *Vid* nota 25.

incrementa la remuneración en función de la variación del IPC. Por otro lado, se logra que los administradores no vean mermada su capacidad adquisitiva ante situaciones continuadas de inflación, que pueden reducir su salario real.

Los ejemplos 2 a 5 de la tabla 1 permiten aumentar los conceptos retributivos por los que el administrador tendrá derecho a percibir una remuneración. No ha de interpretarse como un sistema remunerativo de carácter alternativo, pues la Junta General no tiene facultad alguna para dejar de retribuir el cargo, pues la asignación fija del primer ejemplo supone la base retributiva del sistema. A partir de la parte fija, los socios podrán complementar la remuneración de los administradores a través de unos conceptos de carácter acumulativo, que se añaden a la asignación fija que estipulan los estatutos. Consideración especial tiene la participación en beneficios del ejemplo 2, en este se incorpora un límite para evitar una salida de capital que suponga dejar a la sociedad sin beneficios de explotación.

Así mismo, se establece una cláusula con el fin de aumentar la seguridad del administrador ante gastos por el ejercicio del cargo. De esta forma, se obliga a la sociedad a contrarrestar los gastos en los que los administradores incurren por asistir a reuniones como son los gastos de transporte -taxi, AVE, avión...- o los de alojamiento y manutención (v. *infra* tabla 1, ejemplo 6)

La siguiente tabla recoge ejemplos de cláusulas, anteriormente comentadas, que estipulan la retribución de los administradores sociales, así como su sistema de retribución:

Tabla 1:

CLÁUSULAS DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINITRADORES	
CONSIDERACIONES	CLÁSULA ESTATUTARIA
1. (i) Esta cláusula es aplicable a todo tipo de sociedades con independencia de la fórmula de	<i>El cargo de consejero es retribuido. Los miembros del consejo de administración percibirán por el ejercicio de su cargo una asignación fija. La suma de las retribuciones de los consejeros deberá ajustarse anualmente al límite máximo acordado por la Junta General, que permanecerá vigente hasta nuevo</i>

	<p>administración adoptada</p> <p>(ii) Podría incorporarse una puntualización al método de pago, e.g. “el pago se realizará en efectivo”.</p>	<p><i>acuerdo, incrementado en el Índice de Precios al Consumo.</i></p> <p><i>La distribución de las retribuciones entre los consejeros corresponde al Consejo de Administración. El reparto tendrá en consideración las funciones y responsabilidades desempeñadas por los distintos consejeros a tal efecto<sup>80</sup>.</i></p>
2.	<p>La retribución mediante beneficios ha de cumplir las exigencias legales del artículo 218 LSC, en caso de no establecerse límite será de un 10% en la S.L.</p>	<p><i>Con independencia de la retribución anterior la Junta General de Accionistas podrá destinar la participación en los beneficios sociales, después de impuestos y cubierta las exigencias legales respecto de la reserva legal, del último ejercicio en retribución de las funciones de los consejeros. La aplicación de la participación en beneficios quedará limitada al dos por ciento de los mismos.</i></p>
3.	<p>Esta cláusula es aplicable a Sociedades Cotizadas o comanditarias por acciones.</p>	<p><i>Adicionalmente, la Junta General podrá acordar la remuneración de los consejeros a través de la entrega de acciones de la sociedad, derechos de opción de las mismas o en referencia a la evolución favorable de la cotización de la acción.</i></p>
4.		<p><i>Cuando así lo determine la Junta General, la sociedad contratará seguros de responsabilidad civil que garanticen la actuación de sus consejeros.</i></p>
5.		<p><i>La Presidencia y los titulares de las vocalías del Consejo de Administración percibirán una cantidad adicional por la participación en las reuniones del Consejo de Administración y de la Junta General de Accionistas.</i></p>
6.	<p>Cláusula de garantía para los administradores, les</p>	<p><i>Los consejeros, en concepto de retribución en especie, tendrán derecho de reembolso de los gastos causados por el desempeño de su cargo, así como por la</i></p>

<sup>80</sup> Fórmula empleada para dar cumplimiento al artículo 217.3 de la LSC.

	asegura que sus gastos serán cubiertos por la sociedad.	<i>asistencia a reuniones. Quedarán sujetos a la entrega de los justificantes pertinentes que acrediten el gasto. Se incluyen en estos términos los gastos de alojamiento, manutención y desplazamiento.</i>
7.	Esta cláusula permite a los administradores que ejercen una relación laboral compatibilizar la remuneración.	<i>Las disposiciones anteriores serán compatibles con el sistema de remuneración previsto para los consejeros que mantengan una relación laboral. Relación que será compatibles con la del consejero.</i>

*Nota: el término “consejeros” será sustituido por “administradores” cuando la sociedad sea dirigida por un órgano de administración simple.*

No obstante, los socios de la empresa pueden verse cautivados por establecer la gratuidad del cargo, la cual no requiere de mención estatutaria específica. Sin embargo, en ocasiones el administrador puede prestar servicios profesionales paralelamente al desempeño del cargo social. En estos supuestos es recomendable incluir que dichos servicios podrán ser satisfechos a través de contrato específico y su valoración se realizará a precio de mercado. Con ello logramos limitar las eventualidades de que se infle el precio, cometiendo el pertinente fraude (v. *infra* tabla 2).

Tabla 2:

<b>CARGO DE ADMINISTRADOR GRATUITO</b>	<i>El cargo de administrador es gratuito, salvo la satisfacción de los honorarios en concepto de servicios profesionales prestados que hayan sido acordados en el contrato oportunos, cuyo precio se estimará a valor de mercado. Dichos honorarios deberán quedar acreditados y justificados por el trabajo realizado.</i>
--	---

Como se ha reiterado en diversas resoluciones de la DGRN la no admisibilidad de cláusulas retributivas alternativas. Con ello, se trata de evitar dejar a la Junta General la determinación arbitraria del sistema retributivo a aplicar en cada ejercicio, generando una alta inseguridad en el administrador y condicionando altamente su actividad. Sin

embargo, se ha permitido que la retribución varíe en base a unos parámetros objetivos. En el caso del ejemplo de la tabla 3, el registrador estimó que dicha cláusula era de carácter alternativo. No obstante, la DGRN estimó el recurso por entender que la variación del sistema retributivo se establecía en función de unos parámetros objetivos y no perjudicaba al administrador al permitirle percibir siempre la mayor de las cuantías. Es por ello, que esta cláusula es beneficiosa para los administradores y puede ser utilizado como instrumento de captación de directivos talentosos dentro del consejo de administración.

Tabla 3:

<b>CLÁUSULA DE FALSA ALTERNATIVIDAD</b>	<p><i>El cargo de administrador será retribuido y consistirá en una cantidad dineraria, que resultará de la cantidad más alta de entre el del dos por ciento sobre el beneficio de la sociedad después de impuestos del ejercicio o la cantidad de cien mil euros anuales para cada uno de los administradores.<sup>81</sup></i></p>
---	--

Así mismo, ciertas sociedades pueden verse interesadas en excluir al consejero dominical de retribución por el desempeño del cargo. Esta fórmula permite a la sociedad ahorrarse las remuneraciones de los consejeros dominicales, pues estos son designados por un porcentaje de socios de la empresa. Para éstos prima más la colocación en el consejo de una persona de confianza que la de un directivo con altas cualidades para dirigir una sociedad.

---

<sup>81</sup> Cláusula con variantes de la admitida por la DGRN (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de marzo de 2015. BOE núm. 85, sec. III, pp. 29906-29911).

Tabla 4:

<b>CLÁUSULA QUE EXLUYE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DOMINICALES</b>	<p><i>El cargo de consejero es retribuido con la salvedad de aquellos que ostenten la condición de dominical, quienes no percibirán remuneración por las funciones desempeñadas.</i></p> <p><i>El cargo de Consejero Ejecutivo será retribuido, con independencia de la cualidad anterior, en concordancia con el contrato celebrado con el Consejo de Administración.</i></p>
---	--

Finalmente, y, probablemente una de las cláusulas con más recorrido, son las referidas al consejero delegado. La exégesis del TS a la que hemos dedicado buena parte de este estudio, muestra que los conceptos retributivos del consejero delegado han de venir referidos en los estatutos sociales para su desarrollo en el contrato de consejero ejecutivo. Esta interpretación nos hace llegar a recomendación de incluir muchos conceptos retributivos posibles que se acumulen y que sean facultad del consejo de administración su cuantificación. Por otro lado, creemos conveniente que se establezca un límite máximo para evitar una remuneración desmedida al consejero ejecutivo. En el ejemplo 3 de la siguiente tabla establecemos el límite en 300.000 euros, dicho importe ha de ser acorde con el mercado. A nuestro parecer, el límite ha de establecerse en un lugar elevado que permita concurrir al mercado de directivos con una buena oferta económico para poder incorporar al consejero ejecutivo más idóneo y con mejores prestaciones.

Tabla 5:

CLÁUSULAS RETRIBUCIÓN DEL CONSEJERO DELEGADO	
CONSIDERACIONES	CLÁUSULA ESTATUTARIA
1.	<p><i>El cargo de consejero ejecutivo es retribuido. Su remuneración vendrá detallada en contrato celebrado con el Consejo de Administración, y podrá estar compuesta cumulativamente por:</i></p>

		<p>(i) <i>Una cantidad fija que tendrá en cuenta las funciones y responsabilidades delegadas.</i></p> <p>(ii) <i>Una cantidad variable en función de los beneficios de la sociedad o de la evolución de la cotización de la acción, sujetas al régimen legal aplicable.</i></p> <p>(iii) <i>Un incentivo en función de las reuniones del Consejo de Administración a las que acudiere.</i></p>
2.	Podrán añadirse otro tipo de conceptos retributivos con fórmulas similares que permitan adicionarse a la retribución base del consejero.	<p><i>Adicionalmente, la sociedad podrá contratar un sistema de previsión y los seguros de responsabilidad civil que se adapte a sus necesidades. El contrato con el consejero ejecutivo podrá incluir una indemnización en caso de terminación del contrato salvo cuando el cese esté motivado en incumplimiento grave de sus obligaciones. También podrá acordarse una indemnización en atención a cláusulas de no competencia.</i></p>
3.		<p><i>Corresponde al Consejo de Administración la cuantificación de los anteriores conceptos. No obstante, ésta no podrá exceder de trescientos mil euros.</i></p>

## CONCLUSIONES

## **5. Conclusiones.**

Este estudio nos ha brindado la oportunidad de llegar a varias conclusiones sobre la remuneración de la administración social. Todas ellas siguen el hilo de los objetivos expuestos en el comienzo del trabajo.

Al comenzar el estudio desconocíamos cual era el fundamento de los continuos vaivenes de la regulación de las retribuciones. Tras la lectura de varios autores, y especialmente, de la exposición de motivos de la reforma de 2014, hemos constatado que estas modificaciones tratan de aumentar la transparencia de las remuneraciones de cara a los socios. Lo cual nos sirve de guía para comprender la regulación actual, la interpretación del TS y para poder realizar una propuesta legislativa que mantenga los mismos objetivos que el legislador tiene.

A nuestro parecer, el Tribunal Supremo no acierta con este cambio interpretativo pues dificulta la flexibilidad en la retribución del consejero delegado, la cual había comenzado a fomentarse con la interpretación de la DGRN. No vamos a negar que la exégesis del TS se amolda en parte a la exposición de motivos de la reforma, que indica la preocupación por el conocimiento de los socios de la actividad de la sociedad. Si bien, se retrotrae a la interpretación de la reserva estatutaria regulada en ediciones anteriores de la LSC, cuyos problemas ya hemos expuesto.

Así mismo, el TS no termina de resolver todas las cuestiones que están sobre la mesa en materia retributiva. De hecho, a nuestro criterio, podría haberse posicionado sobre la obligatoriedad del contrato especial con el consejero delegado cuando el cargo es gratuito o los formalismos necesarios para la celebración del contrato del consejero delegado. Así mismo, el fallo consideramos que acarrea consecuencias negativas en cuanto a la flexibilidad en la contratación de los administradores. De hecho, la obligatoriedad de previsión estatutaria limita a la empresa en la contratación de directivos para incorporarlos a su órgano de administración. Lo que sin duda se presenta como un problema para las sociedades mercantiles.

Es por ello, que el nuevo cambio interpretativo que introduce en TS lo consideramos negativo. A nuestro parecer, también incrementa la necesidad de adaptación legislativa a la realidad societaria actual en el campo de las remuneraciones. Lo cual supondría volver a escribir otro capítulo más en la incierta hoja de ruta del legislador acerca de la remuneración de la administración social.

Este estudio ha mostrado sus frutos en la investigación de ciertas dudas que habitualmente se formulan las sociedades. Entre otras cuestiones, hemos llegado a la conclusión de que la administración simple no ha de celebrar un contrato por la delegación de sus funciones. La fundamentación reside en la ausencia de necesidad de delegación para el ejercicio de las mismas.

Respecto de los órganos compuestos, a nuestro parecer la obligatoriedad del artículo 249 LSC no se extiende a aquellos supuestos en los que los estatutos presumen la gratuidad del cargo. Si bien, la sociedad podrá celebrar un contrato en el que se especifiquen otras cuestiones que sean relevantes para la operatividad del cargo. Entre ellos puede incluirse el pacto de no competencia, custodia de secretos profesionales o el establecimiento de horarios y herramientas de trabajo.

Por otro lado, la investigación nos ha permitido encontrar una forma de remuneración que es de dudosa legalidad. La remuneración externa nos ha parecido que produce varios problemas, dañando especialmente el deber de lealtad. Consideramos que nadie puede ser remunerado por dos personas, pues la doble vinculación conduce a problemas de lealtad hacia uno de los dos señores a los que sirve.

Por ello, hemos llegado a la conclusión que lo mejor es acotarlo legalmente. De esta forma, hemos estimado oportuno que las remuneraciones que provienen del exterior pasen a formar parte de la tesorería en cuanto que son obtenidas por la posición que ocupa en la sociedad. Esto puede plasmarse legalmente con sus debidas excepciones como son el interés social o casos particulares como hemos expuesto en nuestra propuesta legal.

Las conclusiones referentes a las propuestas legislativas y estatutarias han resultado muy positivas. Hemos logrado establecer un sistema que, a nuestro juicio, adolece de menos defectos que el actual régimen legal. Los resultados obtenidos se encaminan a un triple desenlace. Por un lado, se aumenta la facilidad y acceso a información en materia

retributiva de los socios. Por otro, se colabora en el aumento de la competitividad de las sociedades para la captación de consejeros ejecutivos habilidosos. Finalmente, se regula una figura fáctica que genera problemas en el deber de lealtad de los administradores, ésta es la remuneración externa.

En cuanto a las disposiciones estatutarias, existen algunos límites que se han de observar frente a la flexibilidad permitida como hemos venido desarrollando a lo largo del capítulo primero. No obstante, se ha constatado la amplia gama posibilidades para configurar regímenes estatutarios muy diversos. De hecho, recomendamos a las sociedades a establecer unos estatutos que permitan ser flexibles en lo referente a las remuneraciones de los consejeros, especialmente los ejecutivos. En este apartado, también hemos considerado importante resaltar algunas técnicas que se pueden tomar para diferenciar remuneraciones según la condición de cada consejero.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **Legislación.**

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Ley 55/1999 de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

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.

Real Decreto-ley 9/2015, de 10 de julio, de medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras medidas de carácter económico.

### **Material extra legislativo.**

Companies Act 2006.

Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. CNMV, febrero 2015.

### **Jurisprudencia.**

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, núm. V0441-14, de 18 de febrero de 2014.

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, núm. V1148-15, de 13 abril 2015.

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, núm. V1613-15, de 26 de mayo de 2015.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de julio de 2015. BOE núm. 234, sec. III, 30 de septiembre de 2015, pp. 88801-88809.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de noviembre de 2015. BOE núm. 281, sec. III, 24 de noviembre de 2015, pp. 110556-110559.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de marzo de 2015. BOE núm. 85, sec. III, 9 de abril de 2015, pp. 29906-29911.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de mayo de 2016. BOE núm. 136, sec. III, 6 de junio de 2016, pp. 37309-37314.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de junio de 2016. BOE núm. 175, sec. III, 21 de julio de 2016, pp. 51301-51305.

Sentencia de la Audiencia Provincial IB 974/2017 (Sección 5a de Palma de Mallorca), de 2 de mayo de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 98/2018 (sala de lo civil), de 26 de febrero de 2018.

### **Doctrina.**

ADAME MARTÍNEZ, F. D. & ROMERO PLAZA, C. J. (2016). Retribución de administradores. Aspectos mercantiles y fiscales. Aedaf, enero 2016, pp. 1-21.

Anónimo (2018). Sentencia del tribunal supremo de 26 de febrero de 2018. Retribución de los consejeros delegados o ejecutivos de sociedades no cotizadas. Alcance de la llamada “reserva estatutaria”. Nota informativa Pérez Llorca, pp. 1-4.

Anónimo (2017). Aedaf. “¿Puede la sociedad pagar las cuotas del reta del administrador?” Periódico expansión de 11 de julio de 2017. P. 26

Anónimo (2018). Relaciones laborales especiales: Relación de trabajo especial de alta dirección. Aranzadi, DOC 2003\25, pp. 1-7

BRENÉS CORTES, J. (2015). El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Revista Lex Mercatoria. RLM nº 1, Artículo nº 1. Pp. 1-6.

CABANAS TREJO, R. (2015). La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad. Diario La Ley, (8494), p. 1.

CALVO, P. (2010). ¿Homo economicus u homo reciprocans? Contribución de la ética y la neuroeconomía al principio de reciprocidad. In Actas del V Congreso Internacional de la Sociedad Academica de Filosofía: razon, crisis y utopía. Pp. 103-105.

CUNNINGHAM, L. (2013). Director Bonuses for Performance, Prawf Debate and the Bigger Picture for Hess. Blog Concurring Opinions, the Law, the Universe, and Everything, 1 de mayo de 2013.

DEL VAL TALENS, P. (2013). El doble vínculo y la retribución estatutaria de los servicios de los administradores sociales (comentario a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 3 de abril de 2013). Cuadernos de derecho y comercio, (60), pp. 168-171.

DONALDSON, T. (2008). Hedge fund ethics. Business Ethics Quarterly, 18(3), pp. 405-416.

FARRANDO MIGUEL, I. (2009). Comentario a las STS de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. La remuneración de los administradores y la

doctrina jurisprudencial del doble vínculo. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1(32), pp. 99-131.

GARCÍA RODRÍGUEZ, A. (2017). Fiscalidad de la empresa: retribución de administradores: la nube que terminó en tormenta. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (67), pp. 215-222.

GELLES, D. (2018). A Debate Over Paying Board Nominees of Activist Funds. [online] Disponible en: [https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?_php=true&_type=blogs&_r=0) [Accedido 2 Feb. 2018].

GUELLES, D. (2013). A Debate Over Paying Board Nominees of Activist Funds. *New York Times*, 25 de noviembre de 2013. [online]. Visible en: [https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](https://dealbook.nytimes.com/2013/11/25/a-debate-over-paying-board-nominees-of-activist-funds/?_php=true&_type=blogs&_r=0) [accedido el 18 de febrero de 2018]

HIGUERA, A. (2009). Altos directivos y administradores: estado de la cuestión. *Revista actualidad jurídica Uría Menéndez*, (24/2009), pp. 86-89.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (2010). Altos cargos y doble vínculo (I): crítica a los "excesos" de la doctrina del vínculo. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 3(3), 65-93.

PARDOW, D. (2006). Potestades de administración y deberes fiduciarios. *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: LexisNexis. Pp. 101-102

PAZ-ARES, J. C. (2008). El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos. *Revista de Derecho de 2008*, pp. 15-88.

PAZ-ARES, J. C. (2009). Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores). *InDret*, (2), pp. 4-16

PAZ-ARES, J. C. (2013). La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas. *Revista de derecho mercantil*, (290), pp. 85-140.

PAZ-ARES, J. C. (2018). Jurisprudencia comentada: A propósito de la STS 26-II-2018. *Diario la ley N° 9165, Sección Tribuna*, 23 de marzo de 2018, Editorial Wolters Kluwer. Pp. 1-28.

ROJAS ROSCO, R. (2018). El nuevo régimen retributivo de los administradores y consejeros, y su relación jurídica con la sociedad, tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. [online] Disponible en: [http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/retributivo-administradores-Ley-Sociedades-Capital\\_11\\_774430002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/retributivo-administradores-Ley-Sociedades-Capital_11_774430002.html) [Accedido 6 Feb. 2018].

RUIZ MUÑOZ, M. (2015). La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control [La modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM].

SANCHEZ GRAELLS, A. *et al.* (2012). Fundamentos de Derecho Empresarial: Contratación Mercantil. Tomo III. P. 90

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2016). “El Reembolso por los Consejeros Ejecutivos de la Retribución Variable”. Revista Lex Mercatoria nº, 1, pp. 113-119.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2016). Acciones de reembolso de retribución variable indebida. El blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte, 11 de marzo de 2016.

TABRA, E. P. (2018). El aporte del gobierno corporativo en las soluciones de los problemas actuales de la empresa moderna. Revista de Derecho, (23), pp. 8-14

TAPIA HERMIDA, A. J. (2018). Retribución de los administradores de las sociedades de capital. Reserva estatutaria y aprobación de la junta. La Sentencia del Tribunal Supremo núm.98/2018, de 26 de febrero. Blog de Alberto J. Tapia Hermida, 6 de marzo de 2018 (online). Visible en: <http://ajtapia.com/2018/03/retribucion-los-administradores-las-sociedades-capital-reserva-estatutaria-aprobacion-la-junta-la-sentencia-del-tribunal-supremo-num-982018-26-febrero> (accedido el 27 de marzo de 2018).

TOVAR ROCAMORA, J. J. (2016). La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014. Editorial Aranzadi, Revista Española de Derecho del Trabajo num.184/2016, pp. 1-15.

VILLAFANEZ PÉREZ, I. (2016). El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa. REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos, (120), 125-142.

## ANEXOS

**Anexo 1: Síntesis de las modificaciones legales propuestas.**

Nótese en negrita los cambios propuestos.

REGULACIÓN ACTUAL	REGULACIÓN PROPUESTA
<p><u>Artículo 217:</u></p> <p>1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.</p> <p>(...)</p>	<p><u>Artículo 217:</u></p> <p>1. El cargo de administrador es gratuito, <b>con independencia de las funciones que desempeñe</b>, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.</p> <p>(...)</p> <p><b>5. Los administradores podrán percibir exclusivamente lo establecido en el sistema de remuneración, sin perjuicio de la retribución de prestación de servicios recogido en el artículo 220. Todo importe no incluido en estatutos o contrato se considera liberalidad, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.</b></p>
	<p><b>Artículo 220 bis. Remuneración externa de los administradores.</b></p> <p><b>1. Todo beneficio, favor o importe percibido por el administrador de un tercero, que guarde relación con el ejercicio del cargo, se presume destinado a la sociedad, salvo</b></p>

	<p><b>disposición contraria de los estatutos sociales o atenciones de mera cortesía. Se entiende por tercero aquella persona física o jurídica que no actúa en nombre de la sociedad.</b></p> <p><b>Las retribuciones o beneficios que el representado confiere al consejero dominical quedan excluidas del apartado anterior.</b></p> <p><b>2. El administrador podrá aceptar como suyo los beneficios satisfechos por un tercero, cuando así lo establezca acuerdo con el voto favorable de dos terceras partes de la junta general.</b></p>
<p><u>Artículo 249</u></p> <p>3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.</p> <p>4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una</p>	<p><u>Artículo 249</u></p> <p>3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.</p>

<p>retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.</p> <p>El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.</p>	<p><b>Cuando el cargo de consejero delegado sea gratuito, no será necesario celebración de contrato.”</b></p> <p><i>4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. No será necesaria expresión estatutaria de los mismos para su validez, sin perjuicio de las disposiciones prohibitivas que se establezcan.</i> El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. <b>Todo importe que exceda lo establecido en el contrato se considera liberalidad, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.</b></p> <p>El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.</p>
--	---

	<p><b>5. En caso de administrador único, administradores solidarios, o de administradores mancomunados, no será necesaria la celebración del contrato de delegación</b></p>
<p><u>Artículo 261</u></p> <p>(...) En cualquier caso deberá suministrarse la información requerida en la indicación primera, quinta, sexta, décima en lo referente al número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, y, decimocuarta, decimoquinta, decimonovena y vigesimoprimera.</p>	<p><u>Artículo 261</u></p> <p>(...) En cualquier caso deberá suministrarse la información requerida en la indicación primera, quinta, sexta, décima en lo referente al número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, y, <b>undécima</b>, decimocuarta, decimoquinta, decimonovena y vigesimoprimera.</p>