

Comunicació a
l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
del dia 25 de març de 2025

**LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL
ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS**

FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES
Acadèmic numerari

RESUMEN: *La retribución de los administradores de las sociedades de capital, regulada en los arts. 217, 218 y 219 de la LSC, se basa en los principios de gratuidad, reserva estatutaria y libertad de sistemas y cuantía.*

Por otra parte, los consejeros ejecutivos de dichas sociedades han de celebrar un contrato con la sociedad en el que deben establecerse todos los conceptos por los que pueden obtener retribución por sus funciones ejecutivas.

Un sector doctrinal mayoritario consideraba que la retribución de los consejeros ejecutivos solamente debía regirse por el contrato con la sociedad, sin que les fueran de aplicación los principios generales de retribución de los administradores.

La sentencia del TS de 26 de febrero de 2018 se pronuncia, por el contrario, en el sentido de que a dichos consejeros ejecutivos sí les son aplicables los principios generales articulados en los arts. 217, 218 y 219 LSC.

PALABRAS CLAVE: *Sociedades de capital, estatutos sociales, órgano de administración, retribución de los administradores, consejeros ejecutivos.*

I.- ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Compete al órgano de Administración la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en la ley (art. 209 LSC).

El órgano de administración puede estructurarse de las siguientes formas (art. 210 LSC):

- Un administrador único.
- Varios administradores solidarios, ostentando en tal caso cualquiera de ellos la gestión y representación de la sociedad.
- Dos (en sede de sociedades anónimas) o dos o más (en sede de sociedades limitadas) administradores mancomunados, que deben necesariamente actuar de forma conjunta.
- Un Consejo de Administración, órgano colegiado que ostenta la administración y representación de la sociedad.

El Consejo de Administración puede delegar sus facultades en uno o varios consejeros delegados, excepto las facultades indelegables, que se detallan en el art. 249 bis.

Cuando se nombre un consejero delegado o ejecutivo deberá celebrarse un contrato entre el consejero y la sociedad, que tendrá que ser previamente aprobado por el Consejo con una mayoría de dos tercios y con la abstención del interesado, que no podrá asistir a la deliberación (art. 249.3).

En el contrato deben detallarse todos los conceptos por los que el consejero ejecutivo pueda obtener retribución por sus funciones ejecutivas, incluyendo la eventual indemnización por cese y las cantidades en concepto de seguro o contribución a sistemas de ahorro.

Las diferencias entre la estructura del órgano de administración de las sociedades anónimas y las sociedades limitadas son las siguientes:

En la sociedad de responsabilidad limitada, los estatutos pueden establecer distintos modos de organizar la administración, pudiendo la junta optar por uno u otro sin necesidad de modificar los estatutos.

Es una característica de la mayor flexibilidad del régimen de las limitadas.

Ello no es posible en sede de sociedades anónimas, cuyos estatutos deben establecer el modo concreto en que se organiza la administración de la sociedad y cualquier cambio comporta una modificación estatutaria.

Por otra parte, en la sociedad limitada, el número máximo de componentes del Consejo es de doce, limitación inexistente en sede de sociedades anónimas.

Por último, como ya se ha dicho, cuando la administración se confiere a administradores mancomunados, sólo pueden ser dos en el caso de las sociedades anónimas, y pueden ser más de dos en sede de sociedades limitadas.

II.- LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

La remuneración de los administradores viene establecida en los arts. 217, 218 y 219 de la LSC.

Los principios característicos del régimen legal de retribución de los administradores son los siguientes:

- Principio de gratuidad del cargo:

En efecto, para poder remunerar a los administradores se requiere que así se

establezca en los estatutos, que además deberán determinar el sistema de retribución (art. 217.1 LSC).

Por tanto, si los estatutos guardan silencio sobre este punto, el cargo se presume gratuito.

Habría sido más acorde con la realidad invertir el principio de presunción de gratuidad a favor de la remuneración del cargo, como ocurre con los administradores de las sociedades cotizadas (art. 529, sexdecies LSC).

– Determinación (o reserva) estatutaria de la retribución.

Como ya se ha dicho, para poder retribuir a los administradores de las sociedades de capital, los estatutos deben establecer que el cargo es remunerado, determinando además el sistema de retribución.

La determinación estatutaria de la retribución pretende una mayor información y control sobre la actuación de los administradores, y al propio tiempo, incentivar tanto a los socios como a los administradores, procurando alinear sus intereses.

Pero presenta el inconveniente de su excesivo encorsetamiento, dificultando la adaptación de la retribución a las circunstancias concretas que puedan variar en cada ejercicio económico.

Tal inconveniente se ha acentuado por la doctrina de la DGRN (hoy DGSJFP), que ha interpretado de forma restrictiva el principio de determinación estatutaria de la retribución.

Por ejemplo, no se ha admitido en diversas resoluciones la inclusión en la cláusula estatutaria de la expresión “*en su caso*”, con el argumento de que produce indeterminación acerca de si los administradores están o no retribuidos; también se ha rechazado la inscripción cuando la cláusula indique que la retribución “*podrá consistir*” (RR de 20 de marzo de 1991 y 21 de marzo de 1991).

El excesivo rigor interpretativo por el Centro Directivo también se ha puesto de manifiesto en cláusulas estatutarias que recogen más de un concepto retributivo, admitiendo las modalidades retributivas entre las que figura la conjunción copulativa “y”, pero no la disyuntiva “o” (R de 18 de febrero de 1991).

La necesidad de que la retribución de los administradores esté determinada en los estatutos sociales ha comportado incluso problemas fiscales, puesto que la inspección fiscal consideraba que las remuneraciones de administradores no

incluidas en los estatutos no tenían la consideración de gasto deducible.

Cuestión ya resuelta por la jurisprudencia del TS en sus sentencias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de junio de 2023, 18 de enero de 2024 y 13 de marzo de 2024, que establecen que el incumplimiento de la normativa mercantil no puede conducir necesariamente a la pérdida de un gasto contabilizado y acreditado de servicios onerosos efectivamente prestados.

– Principio de libertad de sistemas.

El ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros de nuestro entorno, no impone ni prohíbe ningún sistema ni concepto retributivo; por lo que los estatutos pueden establecer cualquier modalidad retributiva, teniendo para ello una amplia libertad (STS de 9 de abril de 2015).

Ahora bien, la ley 31/2014 modificó el art. 217 LSC, introduciendo un epígrafe 2, que establece una relación meramente enunciativa de los conceptos retributivos a percibir por los administradores *“en su condición de tales”*.

Los conceptos mencionados son los siguientes:

a) Una asignación fija.

Es habitual en la práctica societaria que los administradores reciban una cantidad fija (sueldo), que puede satisfacerse por meses, trimestres, semestres o incluso una vez al año.

b) Dietas de asistencia.

Cuando la sociedad está regida por un Consejo de Administración es frecuente que sus componentes sean retribuidos por medio de dietas por asistencia a las sesiones del órgano colegiado.

Cabe distinguir las dietas como retribución de los gastos por desplazamiento, alojamiento, etc..., que en el derecho laboral tienen la condición de dietas.

c) Participación en beneficios.

A este sistema retributivo se refiere el art. 218, en cuyo epígrafe 1 se indica que los estatutos deben determinar concretamente el porcentaje de participación o señalar el máximo, en cuyo caso la junta general fijará el porcentaje dentro de los límites.

Por otra parte, existe una diferencia entre la participación en los beneficios en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad anónima, tutelando a los socios de forma distinta:

En cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada, en el art. 218.2 se establece que el porcentaje máximo determinado en los estatutos en ningún caso puede superar el 10 por 100 de los beneficios repartibles a los socios.

En la sociedad anónima, el art. 218.3 dispone que la participación debe detrarse de los beneficios líquidos, después de estar cubiertas la reserva legal y la estatutaria, y de haber reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

d) Retribución variable con indicadores o parámetros de referencia.

Cabe también retribuir a los administradores mediante una modalidad de retribución variable, pero distinta a la participación en beneficios, por ejemplo mediante un porcentaje sobre la cifra de ventas u otros parámetros como el EBITDA, que suelen fijarse en relación con los objetivos que la compañía pretende alcanzar.

e) Remuneración en acciones o vinculada a su evolución.

Este sistema retributivo está desarrollado en el art. 219.

No cabe duda de que los sistemas retributivos vinculados a las acciones de la sociedad son especialmente apropiados en las sociedades cotizadas, los precios de cuyas acciones se fijan por el mercado de forma objetiva y son particularmente idóneos para los consejeros ejecutivos de este tipo de sociedades.

Se prevén en el precepto tres modalidades retributivas distintas: la entrega de acciones, la concesión de opciones sobre las acciones (*stock options*) y las retribuciones referenciadas en acciones (*phantom shares*).

f) Indemnización por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones del administrador.

En un principio no era admitida por la doctrina, por considerarla contraria al principio de la revocación "*ad nutum*" de los administradores.

Se trata de un sistema relativamente frecuente en las medianas y grandes empresas que pretende estabilizar en el cargo a los directivos.

g) Los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

También es un sistema retributivo propio de las grandes compañías, y en particular de sus consejeros ejecutivos, que debe constar especialmente en el contrato que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 249 deben celebrar con la sociedad.

– Cuantía de la retribución.

No existe en nuestro ordenamiento, salvo en el sistema de participación en los beneficios, límites legales a la cuantía a percibir pro los administradores.

Ello no obstante, se trata de una cuestión sometida a control judicial y se han dictado numerosas sentencias críticas con los excesos retributivos, contrarios a los intereses sociales (SSTS de 29 de marzo de 2017 y 25 de junio de 2012, entre otras).

El art. 217.3 dispone que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores deba ser aprobado por la junta general, y su distribución entre los administradores corresponde, salvo acuerdo en contra de la junta, a los propios administradores, para lo que deberán tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

Por otra parte, el epígrafe 4 del citado precepto establece los criterios a tener en cuenta para fijar la remuneración de los administradores, que son tres: la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

III.- LA SENTENCIA DEL TS DE 26 DE FEBRERO DE 2018

– Planteamiento de la cuestión.

Tras la reforma de la legislación societaria en esta materia por la ley 31/2014, y en particular del art. 249 LSC que, como se ha dicho, exige para los consejeros ejecutivos la celebración de un contrato con la sociedad, en el que deben establecerse todos los conceptos por los que el consejero ejecutivo puede percibir retribución, el sector doctrinal mayoritario sostenía que la retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades se regía exclusivamente por el citado art. 249 LSC, sin que les fueran de aplicación los principios generales previstos en el art. 217, y en particular, el principio de determinación o reserva estatutaria de la retribución.

Tal era también la doctrina de la DGRN (RR de 30 de julio de 2015 y 17 de junio de 2016).

– Antecedentes.

Se presenta a inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona una sociedad limitada, en cuyos estatutos figuraba una cláusula del siguiente tenor:

“El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los

consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomiendan, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remunerados, todo ello en aplicación de lo que se establece en el art. 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital”.

El Registrador mercantil de Barcelona califica negativamente dicho artículo estatutario por entender que vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, dado que tanto la existencia de la retribución como el concreto sistema son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales.

Se interpone demanda de juicio verbal de impugnación de la calificación del Registrador mercantil, que el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona desestima íntegramente por considerar que la cláusula estatutaria vulnera efectivamente el principio de reserva estatutaria.

Contra la sentencia de instancia se interpone recurso de apelación, cuya tramitación correspondió a la Secc. 15ª de la AP de Barcelona, que dictó sentencia estimando el recurso de apelación.

En efecto, la AP de Barcelona, reconociendo el carácter controvertido de la cuestión, hace suya la tesis de la DGRN, en el sentido de que la retribución de los consejeros ejecutivos no es necesario que conste en los estatutos sino en el contrato que deben celebrar con la sociedad y no les es de aplicación el principio de reserva estatutaria de la retribución contemplado en el art. 217 LSC.

Contra la sentencia de la AP de Barcelona se interpone recurso de casación por infracción de los arts. 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

La Sala de lo Civil del TS dicta sentencia en fecha 26 de febrero de 2018, estimando el recurso de casación, y casa la sentencia de la AP de Barcelona, sin imponer las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación.

– Motivación de la STS.

La sentencia por tanto no comparte la tesis de la AP de Barcelona sobre el significado de la reforma que la ley 31/2014 ha efectuado sobre la remuneración de los administradores.

Por el contrario, considera que el art. 217 LSC regula, como indica su título, la remuneración de los administradores, y exige que, si el cargo es remunerado, debe determinarse el sistema, y no distingue a tales efectos entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos.

Discrepa la sentencia del TS de la interpretación de la AP de Barcelona de la expresión “*los administradores en su condición de tales*” como opuesta a la de consejeros ejecutivos. Considera que con esa expresión se está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo, contraponiéndola a las funciones que los administradores puedan prestar distintas a dicho ejercicio, por prestación de servicios (art. 220 LSC).

Entiende que si algunos miembros del Consejo ejercen funciones ejecutivas, lo hacen en su condición de administradores porque solo en calidad de tales pueden recibir la delegación del Consejo.

Por otra parte, pone de manifiesto la sentencia que la mayoría de los conceptos retributivos establecidos en el art. 217.2 son propios de los consejeros ejecutivos (participación en beneficios, remuneración en acciones, indemnizaciones por cese y planes de pensiones), y en cambio carecen de aplicación práctica para los no ejecutivos.

Otro argumento que subraya la sentencia para considerar que la reserva estatutaria prevista en el art. 217 es también aplicable a los consejeros ejecutivos, es el art. 249 bis i), que prevé como una de las facultades que el Consejo de Administración no puede delegar, la siguiente: “*las relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario*”.

Cita también la sentencia, en favor de su tesis, el art. 217.3 LSC que, para distribuir la remuneración entre todos los consejeros se “*deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero*”; por lo que considera que el legislador está pensando en las funciones ejecutivas, que son las que pueden comportar un desigual reparto de la retribución entre todos los consejeros.

También se apunta que no parece razonable que, siendo la retribución de los consejeros ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, escape de la reserva estatutaria y de la intervención de la junta general. Ello afectaría a los derechos de los socios, especialmente de los minoritarios.

Todo ello, sigue razonando la sentencia del TS, va en contra de los objetivos explicitados en el preámbulo de la ley 31/2014 de “*reforzar el papel de la junta general y abrir cauces para fomentar la participación accionarial*”; y especialmente contradice la afirmación del preámbulo: “*La ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas*”.

Por consiguiente, se hace constar en la sentencia que, la relación entre los arts. 217, 218 y 219 LSC, de una parte, y el art. 249, de otra, es de carácter cumulativo. El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos; y el art. 249 contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados y ejecutivos.

Ello no obstante, se hace constar en la sentencia que la consideración conjunta del nuevo sistema debe tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas, para los consejeros ejecutivos.

Concluye la Sala que la cláusula estatutaria objeto del procedimiento no es conforme al régimen legal de retribución de los administradores, y en concreto de los consejeros ejecutivos, por lo que, como se ha dicho, estima el recurso de casación y casa la sentencia de la AP de Barcelona.

Como consecuencia de dicha sentencia, la DGRN/SJFP ha revisado su doctrina y ha sido más flexible en la interpretación del principio de determinación estatutaria de los consejeros ejecutivos (RR de 4 de junio de 2020, 16 de noviembre de 2021 y 21 de octubre de 2024).

Sin embargo, no ha convencido a un sector doctrinal, que sigue considerando que a los consejeros ejecutivos sólo les es aplicable el art. 249 LSC.