

SITUACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS, EN LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS, 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

ÓSCAR ROMERO AGUDO

Abogado de Montero Aramburu, S.L.P.

Crónica Jurídica Hispalense 14 • Págs. 291 a 311

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONTROVERSI DOCTRINAL EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS CON CARÁCTER PREVIO A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 31/2014. 2.1. *La que denominaremos como «Tesis Tradicional»*. 2.2. *La que denominaremos como «Tesis de Paz-Ares»*. 3. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 31/2014. EL TRIUNFO DE LA «TESIS DE PAZ-ARES». 4. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y, ESPECIALMENTE, DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS, TRAS LA REFORMA DE LA LSC INTRODUCIDA POR LA LEY 31/2014. 4.1. *El tradicional artículo 217 LSC*. 4.2. *El novedoso artículo 249 LSC*. 5. EL CONTROL DE LOS SOCIOS DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 31/2014. 5.1. *Consideraciones generales*. 5.2. *El control «ex ante» de los socios*. 5.3. *El control «ex post» de los socios*. 6. CONCLUSIONES.

Resumen: El presente trabajo aborda la situación de la retribución de los consejeros ejecutivos, en las sociedades no cotizadas,

Abstract: The article analyzes the changes introduced by Law 31/2014 regarding the executive director's remuneration in

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. Para ello, se parte de la controversia doctrinal existente en la materia; se expone cuál y por qué consideramos que ha sido la posición doctrinal que ha triunfado con la referida modificación legislativa; se explica el nuevo régimen retributivo de administradores ejecutivos y no ejecutivos instaurado en la Ley de Sociedades de Capital; y, finalmente, se acaba señalando cuáles son las posibles vías de control previas y posteriores al acuerdo del Consejo de Administración para la retribución de los consejeros ejecutivos de los socios ante lo que parece una posible falta de transparencia en relación a la misma.

Palabras clave: Derecho de sociedades, retribución de administradores, consejeros ejecutivos.

unlisted companies exposing, at first, the existing doctrinal controversy in the matter. This is followed by a dissertation about the triumph of the doctrinal theory adopted by the referred law and an explanation about the new remuneration system for executive and non-executive directors introduced by the Law 31/2014 in the Companies Law. To conclude, the article points out what are the main forms of control by the shareholders at what seems a possible lack of transparency regarding the remuneration of executive directors.

Keywords: Spanish Companies Law, Directors Remunerations, Executive Directors.

Fecha recepción original: 01/09/2016

Fecha aceptación: 20/09/2016

1. INTRODUCCIÓN

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 –en adelante, Ley 31/2014–, en vigor desde el día 24 de diciembre de 2014, ha introducido, entre otras cuestiones, una modificación sustancial, en sociedades no cotizadas¹, relativa al régimen de remuneración de los consejeros ejecutivos previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de –en adelante, LSC–.

La remuneración de los consejeros ejecutivos y, particularmente, su cobertura estatutaria, ha sido tradicionalmente una materia compleja sobre la que ha existido una profunda controversia doctrinal consistente, básicamente, en determinar si la misma estaba sometida al principio de reserva estatutaria o si, por el contrario, no estaba sometida al referido principio.

La citada reforma de la LSC², sin perjuicio de las diferentes interpretaciones que se puedan realizar del nuevo régimen establecido en la misma, que veremos más ade-

1. Toda referencia que se haga en este trabajo relativa a la remuneración de los consejeros ejecutivos se entenderá a la remuneración de los mismos en sociedades no cotizadas salvo que, expresamente, se especifique lo contrario.

2. Siempre que se haga alusión a la reforma de la LSC nos estaremos refiriendo a la introducida 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.

lante, parece, al menos inicialmente, haber zanjado, de forma definitiva, la referida discusión doctrinal.

El objeto del presente trabajo se circunscribirá, dentro de los límites de espacio a los que se somete el mismo, a (i) exponer la controversia doctrinal existente en materia de retribución de los consejeros ejecutivos con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 31/2014; (ii) precisar cuál ha sido, a nuestro juicio, la tesis doctrinal que se ha plasmado en la Ley de Sociedades de Capital por la reforma introducida por la referida Ley; (iii) analizar el nuevo régimen de retribución de los administradores y, especialmente, de los consejeros ejecutivos tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014; y, finalmente, (iv) exponer, ante el nuevo sistema retributivo de los consejeros ejecutivos, los mecanismos de control de los socios, *ex ante* y *ex post*, con respecto a la referida retribución.

2. LA CONTROVERSIA DOCTRINAL EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS CON CARÁCTER PREVIO A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 31/2014

Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la LSC, existía, en el plano doctrinal, una considerable controversia sobre la necesidad, o no, de reflejar en los estatutos sociales la remuneración que los consejeros que desarrollan funciones ejecutivas perciban por el ejercicio de esas funciones, que son distintas a las de control o supervisión –denominadas como funciones deliberativas–.

En síntesis, las dos posiciones mantenidas en relación a la cuestión planteada son las siguientes.

2.1. LA QUE DENOMINAREMOS COMO «TESIS TRADICIONAL»

Con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, por un lado, un sector de la doctrina, que podemos considerar mayoritario³, al que denominaremos como Tradicional, consideraba, evidentemente, hasta la referida reforma de la LSC, que el principio de reserva estatutaria de la remuneración de los administradores, previsto actualmente en el artículo 217 LSC, impedía, con independencia del carácter ejecutivo o no del consejero, percibir ninguna retribución de la sociedad en cuestión que no tuviera la preceptiva, a su juicio, cobertura estatutaria. Es decir, los consejeros ejecutivos únicamente podían percibir de la sociedad aquellas retribuciones que estuvieran perfectamente definidas en los estatutos sociales⁴.

Por lo tanto, se concluía que aquellas retribuciones percibidas por los consejeros ejecutivos, que no gozaran de la oportuna cobertura estatutaria, estarían siendo percibidas por los mismos de forma indebida ya que, la sociedad no tenía, con respecto a ellos, ninguna obligación retributiva.

3. Por todos, F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005, págs. 253 y ss.

4. La percepción por los consejeros ejecutivos de retribuciones no previstas estatutariamente implicaba consecuencias de índole laboral y fiscal que no son objeto del presente trabajo, el cual se limita, estrictamente, al Derecho mercantil.

Como se desprende de la referida tesis doctrinal, el principio de reserva estatutaria se interpretaba de forma absolutamente restrictiva y rigurosa de forma que, el mismo, no pudiera sufrir la más mínima fisura.

Esta tesis, a la que hemos denominado Tradicional, fue acogida, podemos afirmar de forma pacífica, tanto por el Tribunal Supremo⁵ como por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶, que subrayan la necesidad de evitar que, mediante fórmulas excesivamente flexibles, se potencie el fraude a la sociedad y se dificulte el control de la regularidad de las retribuciones, ya que, aunque en nuestro sistema no se exige razonabilidad ni proporcionalidad, las retribuciones pudieran ser contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral, en relación con las que el Alto Tribunal llama «retribuciones tóxicas».

2.2. LA QUE DENOMINAREMOS COMO «TESIS DE PAZ-ARES»

Por otro lado, frente a la Tesis Tradicional y mayoritaria expuesta previamente, otro sector doctrinal⁷, con mucho peso, venía sosteniendo y, a la luz de la reforma operada por la Ley 31/2014, sostiene, que el principio de reserva estatutaria abarca, exclusivamente, a los administradores en su condición de «*tales*»⁸ –función deliberativa– mientras que, en los sistemas de administración complejos –Consejo de Administración–, los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas pueden percibir retribuciones pactadas por el Consejo de Administración con el mismo sin que, las referidas retribuciones, gocen de la referida cobertura estatutaria.

Es decir, la que hemos denominado como Tesis de Paz-Ares, sostenía que el consejero que desarrolla en la sociedad funciones ejecutivas está unido a la sociedad por dos relaciones diferenciadas: por un lado, estaría vinculado a la sociedad por su condición de consejero –función deliberativa– que le permitiría percibir, en el caso que los estatutos sociales lo previeran, una retribución por esta función; y, por otro lado, estaría unido a la sociedad por el ejercicio de funciones ejecutivas que le hubiere delegado el Consejo de Administración, lo que le permitiría percibir de la sociedad una retribución por el desarrollo de estas funciones, que serían adicionales a las desarrolladas por un mero consejero, que no necesitarían estar previstas en los estatutos sociales.

5. *Vid.*, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero 2012 (RJ 2012, 5279) y 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 4.632), y las que en ellas se citan, que insisten en la necesidad de potenciar la máxima información a los socios en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los socios en maximizar los beneficios repartibles.

6. *Vid.*, entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 17 de junio de 2014 (publicada en el BOE Número 183, de 29 de julio de 2014).

7. C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret*, 1 (2008), enero; C. PAZ-ARES, «Ad imposibilita nemo tenetur –o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores», *Indret*, 2 (2009), mayo; C. PAZ-ARES, «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas», *Indret*, 1 (2014), enero.

8. Terminología utilizada por la Ley 31/2014.

La Tesis de Paz-Ares parte de la premisa de que la retribución de los administradores debe ser fijada por el órgano social que los designa. Es decir, debe existir una absoluta correlación entre *la potestad de designación y la potestad de retribución*. La referida correlación, les permite concluir, por tanto, que, dado que los administradores son designados por la Junta General –actual artículo 160 LSC–, su retribución deberá ser fijada por la misma de conformidad con lo previsto en el actual artículo 217 LSC –principio de reserva estatutaria–; mientras que, dado que las funciones ejecutivas, en el seno de un sistema de administración complejo, como es un Consejo de Administración, son delegadas en el seno del mismo –actual artículo 249 LSC–, su retribución deberá ser fijada por el propio Consejo de Administración y, consecuentemente, no estar sometido al ya referido principio de reserva estatutaria.

En definitiva, este sector doctrinal sostenía que la retribución de los meros administradores debería estar sujeta a lo previsto estatutariamente sobre este particular mientras que la retribución de los consejeros ejecutivos no está sometida al principio de reserva estatutaria, quedando, por tanto, al margen de los estatutos sociales.

3. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 31/2014. EL TRIUNFO DE LA «TESIS DE PAZ-ARES»

De la mera lectura de la reforma de la LSC no puede ignorarse que, la que hemos denominado como Tesis de Paz-Ares, es la que ha sido, de forma sustancial, acogida por el Legislador, apartándose, por tanto, la referida reforma, de la Tesis Tradicional que, además, como ya se ha dicho previamente, era pacífica en la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En nuestra opinión, en efecto, sin perjuicio de las disfunciones sobre las que nos pronunciaremos más adelante, la reforma de la Ley 31/2014 se ha decantado por conferir un tratamiento diferenciado a la retribución de los administradores por el desempeño de su cargo como tal –que comprende al órgano de administración unipersonal, pluripersonal no colegiado y consejero sin funciones ejecutivas⁹– y a la remuneración por el desempeño del cargo de los consejeros con funciones ejecutivas.

En efecto, en nuestra opinión, la Tesis de Paz-Ares ha sido plasmada, por el Legislador, en la nueva regulación de la LSC en materia de remuneración de administradores. De esta forma, la retribución de los administradores en su condición de tales deberá ser acorde con lo previsto en el artículo 217 LSC, mientras que la retribución de los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas estará sometida a la regulación establecida en el artículo 249 del mismo cuerpo legal.

9. Así, J. JUSTE MENCÍA y A. CAMPINS VARGAS, «Retribución de los Consejeros Ejecutivos», *Revista Derecho de Sociedades*, 45 (2015), pág. 498: «la referencia al "administrador en cuanto tal" sólo puede comprender al titular del órgano unipersonal o pluripersonal no colegiado, y al consejero sin funciones ejecutivas (que sí podría denominarse con mayor propiedad "consejero en cuanto tal")».

La anterior conclusión también se puede extraer del Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, de fecha 14 de octubre de 2013, en lo relativo a retribución de administradores, con especial consideración a la remuneración de consejeros, elaborado por la Comisión de Expertos¹⁰ en materia de Gobierno Corporativo¹¹, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 –en adelante, la Comisión de Expertos–.

La nueva regulación en materia de retribución de administradores ha acogido, prácticamente de forma íntegra, la propuesta de modificaciones realizada por la Comisión de Expertos, sobre la base de las referidas justificaciones¹², que considera, sin ningún género de dudas, que debe establecerse un régimen específico de retribución para los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas en el seno de un Consejo de Administración –esta remuneración se concibe, por la Comisión de Expertos, como diferenciada y sometida a un régimen distinto y especial a la que percibirían los consejeros por el desarrollo de sus funciones deliberativas–.

Esta conclusión también ha tenido una acogida favorable por la Dirección General de los Registros y del Notariado¹³, dando, por lo tanto, un giro radical a su postura,

10. Nótese que D. CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ fue miembro de la Comisión de Expertos, nombrado a propuesta del Ministerio de Justicia.

11. Así, en el referido Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, pág. 57:

«4.10.1. Normas aplicables a todas las sociedades de capital.

La Comisión de Expertos estima apropiado incluir referencias programáticas, que deberán inspirar las decisiones en relación con la remuneración de los administradores, y que, siguiendo, con determinadas matizaciones, la PCM, se extiendan, en particular, a: (i) que la remuneración de los administradores debe ser razonable, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidades que les sean atribuidas y (ii) que el sistema de retribución esté orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos.

Estas normas deberán ser de aplicación en todas las sociedades de capital.

Además, se establece que los estatutos de las sociedades deberán establecer el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones como administradores (“por su condición de tal”) –o de “tales”, y que podrán percibir una remuneración consistente en una retribución fija o variable, en dinero o en especie, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución en acciones, sistemas de ahorro, cualquier otro mecanismo admisible o una combinación de distintas modalidades y que la remuneración anual del conjunto de los administradores deberá ser aprobada por la junta (artículo 217 de la LSC).

Los artículos 218 (Remuneración mediante participación en beneficios) y 219 (Remuneración mediante entrega de acciones) de la LSC regulan, de conformidad con lo establecido en el artículo 217, y en términos similares a los vigentes, ambas modalidades de retribución para todo tipo de sociedades de capital.

Por otra parte, también resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas (en virtud de un nuevo título, sea este de delegación orgánica, o contractual de facultades). La fijación de su retribución corresponde al Consejo de Administración si bien, dada su trascendencia y posibles conflictos de interés a los que podrá dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso –ya que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas– adopte la junta.

Por ello se propone, siguiendo el artículo 231.97.3 de la PCM, introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 249 de la LSC que regule el régimen de aprobación y documentación de la retribución de consejeros por el desempeño adicional a funciones ejecutivas.»

12. *Vid.* Nota al pie anterior.

13. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 2015 (publicada en el BOE Número 234, de 30 de septiembre); 5 de noviembre de 2015 (publicada en el BOE Número 281, de 24 de noviembre de 2015); y 10 de mayo de 2016 (publicada en el BOE Número 136, de 6 de junio de 2016).

muy estricta y reiterada, consistente en el criterio de que el principio de reserva estatutaria estaba enfrentado frontalmente con un mecanismo que permitiera fijar varios sistemas alternativos de retribución en función de si el administrador desarrollaba funciones ejecutivas o no. Así, se sostiene que, cuando la administración de la sociedad se organiza como Consejo de Administración, las funciones inherentes al cargo de administrador se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control), cuya retribución debe regularse necesariamente en los estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante delegación orgánica o, en su caso, contractual de facultades ejecutivas) no es un función inherente al cargo de consejero como tal y su retribución no tiene por qué figurar en los estatutos sociales.

No obstante lo anterior, a pesar de la claridad de la reforma sobre este particular –sin perjuicio de las dudas que pueda suscitar diferentes aspectos de la misma–, existe alguna posición¹⁴, que puede considerarse minoritaria, que sigue sosteniendo, con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación de la LSC, el principio de reserva estatutaria para la retribución de los consejeros que desarrollan funciones ejecutivas.

También ha existido, en este sentido, desde la entrada en vigor de la Ley 31/2014, algún pronunciamiento judicial que sí entendemos que debe calificarse como aislado¹⁵.

En definitiva, esta es la conclusión a la que, a nuestro juicio, se llega atendiendo a una interpretación literal, sistemática y teleológica de la nueva regulación en materia de retribución de los administradores. En efecto, como veremos a continuación, la reforma, en sede de sociedades no cotizadas, puede ser criticable en muchos aspectos, pero ello, a nuestro juicio, no puede justificar que nos apartemos de la interpretación realizada –que, asimismo, como hemos visto, ha sido acogida por la Dirección General de los Registros y del Notariado–.

14. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC (Lo que no dice la Resolución DGRN de 30 de julio de 2015)», *Diario La Ley*, 6.049/2015, octubre 2015, sostiene que los conceptos retributivos del contrato del artículo 249 LSC deben tener amparo estatutario y el acuerdo de Junta General ex artículo 217 LSC debe vincular en cuanto al importe conjunto de todo el paquete retributivo.

15. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 9 de Barcelona de 27 de noviembre de 2015: «En la mencionada escritura, se pretende elevar a público el acuerdo, denominado "Único.– Aprobación de un nuevo artículo 19 Bis de los Estatutos Sociales, relativo a la retribución de los administradores y aprobar para el mismo la siguiente redacción: El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste, la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les recomienden, sin acuerdo de junta ni necesidad de precisión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital"(...)».

Atendiendo al tenor literal del precepto, se observa cómo se vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, en la medida en que tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores son circunstancias que necesariamente deben constar en los estatutos sociales, ya sea en el momento de su constitución o con posterioridad en las respectivas modificaciones; sin olvidar que ello es competencia exclusiva de la junta de socios, y no como pretenden los actores, del consejo de administración. Artículos 217, 218 y 219 LSC en relación con artículos 285 y siguientes del citado texto legal.»

4. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y, ESPECIALMENTE, DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS, TRAS LA REFORMA DE LA LSC INTRODUCIDA POR LA LEY 31/2014

En materia de retribución de administradores, a partir de la entrada en vigor de la modificación introducida en la LSC, debemos acudir al tradicional artículo 217¹⁶ y, con carácter novedoso, al artículo 249¹⁷, ambos de la LSC.

4.1. EL TRADICIONAL ARTÍCULO 217 LSC

La nueva redacción del artículo 217 LSC, de la remuneración de los administradores, establece, a modo de resumen, el siguiente proceso para la retribución de los administradores por el ejercicio de sus funciones en su condición de tales¹⁸ –en el caso, obviamente, de que el cargo de administrador sea retribuido–: (i) los Estatutos

16. El artículo 217 LSC, que regula con carácter general la retribución de los administradores, establece que: «1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

a) una asignación fija,

b) dietas de asistencia,

c) participación en beneficios,

d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,

e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,

f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviere motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y

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

3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se pruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.»

17. El artículo 249 LSC, en materia de delegación de facultades del Consejo de Administración, dispone que: «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.

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. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.»

18. Vid., en este sentido, por su claridad F. LEÓN SÁNCHEZ, «Art. 217. Remuneración de los administradores», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, J. JUSTE MENCÍA (Coord.), Pamplona, 2015, pág. 283.

Sociales deben regular el sistema de retribución de los administradores y determinar el concepto o los conceptos retributivos de la remuneración de los mismos; (ii) la Junta General tiene que fijar la remuneración anual para el conjunto de los administradores; y (iii) los administradores, por acuerdo de los mismos, o el Consejo de Administración en su caso, acordarán la distribución de la retribución entre ellos atendiendo a las funciones y responsabilidades de cada consejero, salvo que la Junta General lo haya dispuesto de otro modo.

En principio, cuando la estructura del órgano de administración sea la de administradores solidarios o mancomunados, esta regla no resultaría de aplicación ya que, con estas estructuras de administración, las funciones y las responsabilidades serán las mismas para todos los administradores¹⁹. No obstante lo anterior, tras la reforma introducida en la LSC, al equipararse el régimen de retribución de los administradores y el de los consejeros –no ejecutivos–, permitiéndose diferente retribución entre los consejeros, podría justificarse una diferenciación en la retribución entre los administradores solidarios o mancomunados cuando estos tengan asignadas distintas funciones siempre que estén debidamente justificadas²⁰.

En todo caso, de conformidad con lo previsto en el apartado cuarto del artículo 217 LSC, la retribución de los administradores deberá ser adecuada atendiendo a los parámetros que se regulan en el referido apartado. Sobre este particular volveremos más adelante.

La nueva redacción del artículo 217 LSC, en sede de remuneración de los administradores, sigue estableciendo, en su apartado primero, que, con carácter general, salvo disposición contraria en los Estatutos Sociales, el cargo de administrador es gratuito. Es decir, los administradores únicamente pueden percibir una remuneración de la sociedad, por el ejercicio de las funciones de administrador en su condición de tales, cuando esté previsto, de forma expresa, en los Estatutos Sociales de la misma. Nada ha modificado la Ley 31/2014 sobre este particular, lo cual parece razonable teniendo en cuenta que, en el tráfico jurídico-económico español predominan las pequeñas y medianas empresas en las que, mayoritariamente, el cargo de administrador no es retribuido.

En caso contrario –cuando los Estatutos Sociales prevean que el cargo de administrador, por el ejercicio de sus funciones de administrador en su condición de tales, sea retribuido–, de conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo 217 LSC, los Estatutos Sociales deberán regular el sistema de remuneración.

El sistema de remuneración de los administradores por el ejercicio sus funciones en su condición de tales podrá estar integrado por uno o por varios conceptos de retribución conjuntos. Los conceptos retributivos que enumera la nueva redacción del apartado segundo del artículo 217 LSC son una lista enunciativa y, consiguientemente, no cerrada, que admite, por lo tanto, otros conceptos retributivos diferenciados de los

19. En este sentido, entre otras muchas y reiteradas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de abril de 2013 (publicada en el BOE Número 128, de 29 de mayo de 2013).

20. En este sentido, F. LEÓN SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 286.

incluidos en la referida relación. De hecho, en la citada lista de conceptos retributivos –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–, se pueden echar en falta conceptos retributivos habituales en materia societaria como puede ser, por ejemplo, entre otros, una retribución en especie consistente en el pago del alquiler de la residencia del administrador.

Finalmente, como se ha adelantado previamente, la nueva redacción del apartado cuarto del artículo 217 LSC establece, mediante una cláusula de cierre, que la remuneración de los administradores debe ser adecuada, en el sentido de guardar una proporción razonable con ciertos parámetros fijados por el propio legislador (la importancia y la situación económica de la sociedad en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables).

Esta cláusula de cierre obedece, en palabras de la propia Comisión de Expertos²¹, por un lado, a (i) que la remuneración de los administradores debe ser razonable, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidades que les sean atribuidas y, por otro lado, a (ii) que el sistema de remuneración esté orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos.

Esta nueva regulación trae causa, seguramente, de las remuneraciones percibidas por los administradores y, sobre todo, principales ejecutivos, en una época de fuerte crisis, que han sido, en muchos casos, muy elevadas e incluso desproporcionadas, como consecuencia, principalmente, de las retribuciones variables y las indemnizaciones pactadas para los supuestos del cese de la relación establecida, sin importar, incluso, las dificultades económicas que pudiera estar atravesando la sociedad en cuestión.

Asimismo, la necesidad de que la retribución de los administradores sea razonable, a diferencia de lo regulado en los apartados segundo y tercero del referido artículo 217, hace referencia a los administradores de forma genérica, por lo que consideramos que debe entenderse que afecta tanto a la retribución de los administradores/consejeros por su condición de tales como a la retribución de los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas. En nuestra opinión, no existe justificación para considerar que no sea este el fin perseguido por la norma. No obstante lo anterior, no debemos dejar de decir que, de cara a una interpretación sistemática de la nueva regulación de la retribución de los administradores, la ubicación de la necesidad de que la retribución de los administradores guarde una proporción razonable, afectando a todas las retribuciones –por su condición de tal y por las funciones ejecutivas–, no es la más adecuada teniendo en cuenta que, como ya se ha adelantado previamente, en los artículos 217 y 249 LSC, se regulan dos regímenes retributivos separados en función de la condición del administrador.

21. *Vid.* el ya referido Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, pág. 56.

4.2. EL NOVEDOSO ARTÍCULO 249 LSC

Por su parte, los novedosos apartados tercero y cuarto del artículo 249 LSC, relativos a la delegación de facultades del Consejo de Administración, prevén la regulación, en materia retributiva, de los consejeros que tienen delegadas funciones ejecutivas por el Consejo de Administración, estableciéndose un régimen propio y específico, diferenciado del régimen de retribución de los administradores en su condición de tales. El hecho de que se trate, insistimos, de un régimen propio y específico, consideramos que tiene una vital importancia de cara a concluir que, efectivamente, la retribución de los consejeros ejecutivos, tras la reforma introducida en la LSC, no está sometida al principio de reserva estatutaria y, consecuentemente, fiscalizada, directa y necesariamente, por la intervención de la Junta General.

A modo de resumen, por un lado, el apartado tercero del artículo 249 LSC establece el deber de que los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas – *un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título* – formalicen un contrato con la sociedad que requiere, previamente, la adopción de un acuerdo del Consejo de Administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, absteniéndose en la deliberación y en la votación el consejero afectado.

Asimismo, en relación a la adopción del acuerdo relativo a la aprobación del contrato a celebrar entre la sociedad y el consejero que desarrolle funciones ejecutivas, es necesario traer a colación los apartados g) y h) del artículo 249 bis LSC, introducido también por la Ley 31/2014, de las facultades indelegables del Consejo de Administración, que establecen, respectivamente, que no podrá ser objeto de delegación el nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato y el nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del Consejo de Administración o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.

Resulta incuestionable que el hecho de que el Consejo de Administración determine las retribuciones de sus consejeros ejecutivos constituye un supuesto de conflicto de intereses, en el que se enfrenta el interés personal del beneficiario a maximizar su retribución y el interés de la sociedad a minimizar el costo de su capital humano²².

Para paliar este patente conflicto de interés, el legislador ha hecho suyas, en el apartado tercero del artículo 217 descrito previamente, las medidas que ya proponía la doctrina mercantil más autorizada²³, reiteradas, más recientemente, en relación a

22. En este sentido, sin perjuicio de ser rebatido por el mismo, Cfr. C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución...», cit., pág. 47.

23. Cfr. C. PAZ-ARES, ob. cit., pág. 50: «*Algo parecido puede decirse en relación con el problema genérico del conflicto de interés. La solución no está en establecer prohibiciones urbi et orbe como la que deriva de la doctrina del vínculo, sino en tomarse en serio los mecanismos de protección previstos al efecto por el sistema jurídico, que en nuestro caso son básicamente tres: (i) atribución de la competencia indelegable al plenum del consejo, lo que previene de antemano los casos más escandalosos de autocontratación en el que el propio consejero delegado o presidente ejecutivo se conceden –directamente, indirectamente (“inducción”) o de forma cruzada*

«*las piezas fundamentales sobre las que se articula el procedimiento de aprobación*» del contrato a celebrar entre la sociedad y el consejero que desarrolla funciones ejecutivas por la delegación del Consejo de Administración²⁴.

No obstante lo anterior, parte de la doctrina mercantilista²⁵, con buen criterio, a nuestro juicio, se mostró cautelosa y, a la vez, realista sobre la posibilidad de que las medidas que, en su día, proponía para paliar el evidente conflicto de interés y que han sido acogidas por la Ley 31/2014, pudieran solventar la problemática relativa a esta cuestión.

Asimismo, por otro lado, el apartado cuarto del artículo 217 LSC establece el contenido mínimo que deberá tener el contrato a celebrar entre la sociedad y el consejero que desarrolle funciones ejecutivas. El contrato deberá regular todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución por el desempeño de aquellas funciones, incluyéndose, en el caso de que se pacte, la posible indemnización por la terminación anticipada del ejercicio de las funciones y aquellas cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. Consecuencia de lo anterior es que el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desarrollo de funciones ejecutivas que no estén previstas en el contrato.

(“complot”, back-scratching arrangements”)– sus propias retribuciones (esta es la consecuencia necesaria de la debida incardinación de la potestad de retribución dentro de la potestad de delegación a que antes se hizo referencia: v. supra 5.1); (ii) exigencia de una mayoría cualificada de dos tercios de los componentes del consejo para la aprobación de la retribución, que implica un mayor control de las decisiones tan delicadas y una mayor dificultad para estructurar decisiones controvertibles (este requisito deriva de la aplicación a esta materia del quorum especial de votación previsto en el artículo 141.2 LSA, regulador de delegación de facultades); y (iii) prohibición de intervenir los beneficiarios de la remuneración en las deliberaciones y votaciones del consejo, que reduce el riesgo de que puedan aprobarse conceptos o importes retributivos excesivos. El viejo principio “nemo iudex in causa propria” está consagrado ahora por el artículo 127 ter.3 LSA, a tenor del cual “en caso de conflicto [de interés], el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a la que el conflicto se refiera”».

24. Así, J. JUSTE MENCÍA y A. CAMPINS VARGAS, ob. cit., págs. 498-499, quienes sostienen que: «tres son, en concreto las piezas fundamentales sobre las que se articula el procedimiento de aprobación del mismo. (i) La primera consiste en configurar como facultad indelegable del consejo la atribución de competencia para la celebración de los contratos de los consejeros delegados (art. 249 bis g) LSC). Con esta medida, el legislador evita el riesgo más flagrante de autocontratación que sería aquel en el que el consejero delegado se autofijara sus propias condiciones contractuales, incluida su propia retribución, en su condición de representante orgánico de la sociedad. Al mismo tiempo, impide que el consejero delegado designe a algunos consejeros como inmediatos colaboradores suyos que, si son consejeros, deberán recabar el mismo grado de consenso por parte de los consejeros no conflictuados (art. 249 bis h) LSC). (ii) La segunda pieza del sistema consiste en el establecimiento de una mayoría reforzada de dos tercios de los miembros del consejo para la válida aprobación del contrato. Mayoría cualificada que coincide con la exigida para acordar la delegación permanente de funciones en el seno del consejo (art. 249.2 LSC) y que justifica dadas las graves consecuencia, para el funcionamiento del consejo y la gestión de la sociedad, que esta decisión trae consigo. (iii) Por último, y al objeto de salvar el problema del conflicto de intereses en la aprobación del contrato (en el que se consignará la retribución del consejero), el art. 249.3 LSC establece expresamente la obligatoriedad de la abstención del consejero afectado, tanto en la deliberación como en la votación del mismo».

25. Vid. C. PAZ-ARES, ob. cit., pág. 51, quien afirma que: «El que escribe no puede permitirse la ingenuidad de pensar que el conjunto de remedios de que dispone nuestro sistema y, específicamente, la prohibición del voto del consejero afectado constituye una panacea frente a las inclinaciones “posesivas” de la condición humana –la famosa “codicia infecciosa” de la que habla GREENSPAN– y que, por tanto, sirve para paliar toda clase de excesos o de abusos. Los abusos existen y seguirán existiendo. La no participación del interesado hace desaparecer el conflicto de interés en sentido técnico y formal, pero no inmuniza totalmente frente al riesgo de que persista un conflicto de interés en sentido social y racional, motivado por la influencia, a veces muy grande, de que gozan los primeros ejecutivos de las empresas».

5. EL CONTROL DE LOS SOCIOS DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 31/2014

5.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La nueva regulación en materia de retribución de administradores –artículos 217 y 249 LSC, ya revisados previamente–, ha venido a implantar para las sociedades no cotizadas el régimen de retribución previsto para las sociedades cotizadas.

En efecto, en sede de sociedades cotizadas, se regulan, de forma expresa y separada, dos tipos de remuneraciones de consejeros: el artículo 529 septdecies LSC regula la retribución de los consejeros en su condición de tales y el artículo 529 octodecies LSC disciplina la retribución de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas.

La cuestión estriba, por consiguiente, en determinar si, efectivamente, el referido régimen de retribución previsto para sociedades cotizadas es trasladable, sin más, como se ha hecho, a las sociedades no cotizadas.

Pues bien, para las sociedades de cotizadas, cuyo régimen legal está inspirado en la *transparencia*, se articula una serie de mecanismos legales que se encargan de garantizar esa necesaria transparencia de las remuneraciones de los consejeros que desarrollan funciones ejecutivas: en efecto, así se desprende de los artículos 529 octodecies LSC, de la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas²⁶; 529 novodecies LSC, relativo a la aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros²⁷; y 541 LSC, sobre el informe anual de las remuneraciones de los consejeros²⁸.

26. El artículo 529 octodecies, apartado segundo, LSC, de la remuneración de los consejeros por el desarrollo de funciones ejecutivas, establece lo siguiente:

«Corresponde al consejo de administración fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general».

27. El artículo 529 octodecies, apartados uno a tercero, LSC, de la remuneración de los consejeros por el desarrollo de funciones ejecutivas, establece lo siguiente:

«1. La política de remuneraciones de los consejeros se ajustará en lo que corresponda al sistema de remuneración estatutariamente previsto y se aprobará por la junta general de accionistas al menos cada tres años como punto separado del orden del día.

2. La propuesta de la política de remuneraciones del consejo de administración será motivada y deberá acompañarse de un informe específico de la comisión de nombramientos y retribuciones. Ambos documentos se pondrán a disposición de los accionistas en la página web de la sociedad desde la convocatoria de la junta general, quienes podrán solicitar además su entrega o envío gratuito. El anuncio de la convocatoria de la junta general hará mención de este derecho.

3. La política de remuneraciones de los consejeros así aprobada mantendrá su vigencia durante los tres ejercicios siguientes a aquel en que haya sido aprobada por la junta general. Cualquier modificación o sustitución de la misma durante dicho plazo requerirá la previa aprobación de la junta general de accionistas conforme al procedimiento establecido para su aprobación».

28. El artículo 541, apartados primero a cuarto, LSC, que versa sobre el informe anual de las remuneraciones de los consejeros, establece lo siguiente:

«1. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente un informe sobre remuneraciones de los consejeros, incluyendo las que perciban o deban percibir en su condición de tales y, en su caso, por el desempeño de funciones ejecutivas.

La nueva regulación, en cambio, en sede de sociedades no cotizadas, no prevé mecanismos legales obligatorios similares a los establecidos para las sociedades cotizadas que garanticen, a los socios y terceros interesados, la posibilidad de conocer y controlar, con la adecuada transparencia, las retribuciones de los consejeros ejecutivos.

Ello nos permite concluir, en nuestra opinión²⁹, que la trasposición del régimen retributivo de sociedades cotizadas al de sociedades no cotizadas, como se ha llevado a cabo mediante la Ley 31/2014, no es muy adecuado y, consecuentemente, origina una patente falta de transparencia –salvada en sede de sociedades cotizadas con los mecanismos legales expuestos– sobre la que volveremos más adelante.

La Comisión de Expertos, en lo relativo a retribución de administradores, con especial consideración a la remuneración de consejeros, hace especial hincapié en la importancia de la política de remuneraciones de los consejeros en el sistema de gobierno corporativo de las sociedades de capital en general y de las sociedades cotizadas en particular. Esa importancia la extiende la Comisión de Expertos a (i) la transparencia de la retribución; (ii) la adecuación a las prácticas y cuantías del mercado; y (iii) el procedimiento para su aprobación. Por ello, la Comisión de Expertos considera adecuada la introducción de normas legales que, sin menoscabar la capacidad de gestión de las sociedades y su competitividad, incidan en la necesaria adecuación de los sistemas de remuneración al mercado en que operan y a la situación económica de cada sociedad en cada momento; establezcan un procedimiento para su determinación que prevenga el eventual conflicto de intereses de alguno de los participantes en la adopción de las correspondientes decisiones; y, finalmente, garanticen la suficiente transparencia en las remuneraciones de los administradores³⁰.

La Comisión de Expertos, según se ha expuesto previamente, pone mucho énfasis, entre otras cuestiones, en la necesidad de que exista una absoluta transparencia en materia de retribución de los consejeros. Además, como dice la propia Comisión de Expertos, la referida transparencia, exigida con carácter normal y habitual en materia de sociedades cotizadas, también debe trasladarse, ahora, a las sociedades de capital en general.

Lo cierto es que con el nuevo régimen de retribución de administradores, analizado previamente, donde la retribución de los consejeros que desarrollan funciones ejecutivas – ex artículo 249 LSC– queda fuera del principio de reserva estatutaria es-

2. *El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros deberá incluir información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros aplicable al ejercicio en curso. Incluirá también un resumen global sobre la aplicación de la política de remuneraciones durante el ejercicio cerrado, así como el detalle de las remuneraciones individuales devengadas por todos los conceptos por cada uno de los consejeros en dicho ejercicio.*

3. *El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se difundirá como hecho relevante por la sociedad de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo.*

4. *El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día a la junta general ordinaria de accionistas».*

29. En el mismo sentido, J. BRENES CORTES, «La retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades de capital», en *Revista de Derecho Mercantil*, 299 (2016), pág. 467.

30. *Vid.* el ya referido Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, pág. 56.

tablecido en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, supone una evidente falta de transparencia en relación a una materia muy relevante para las compañías y que, como ya se ha apuntado previamente, por la época de crisis vivida y que vivimos, está dotada de una sensibilidad social muy importante.

La referida falta de transparencia incide, en primer lugar, en los socios³¹. Efectivamente, desde el momento en que la retribución de los consejeros ejecutivos no goza del principio de reserva estatutaria consagrado en el artículo 217 LSC, se produce una evidente merma de la transparencia que parece quiere consagrar la Ley 31/2014. Esto puede llevar a situaciones no deseables muy dadas a que se produzca un abuso del socio mayoritario atendiendo a su posición de control en perjuicio del interés social. Por lo tanto, habrá que analizar cuáles son las vías de control, ante este panorama legal, de las que dispone un socio de una compañía, distinguiendo, por un lado, medidas de control con carácter previo a la formalización del contrato por la sociedad con el consejero que desarrolla funciones ejecutivas y, por otro lado, las vías de control una vez que se haya celebrado el referido contrato. Sobre este particular volveremos más adelante.

Además de la falta de transparencia para el socio, con mayor razón, existirá una falta de transparencia para los operadores jurídicos que interactúen con la sociedad en el tráfico jurídico.

En efecto, la falta de transparencia a la que incita el nuevo régimen instaurado por la Ley 31/2014, puede llevar, en un caso extremo, como ya está ocurriendo en la práctica habitual, a que se prevea estatutariamente que el cargo de administrador sea gratuito y que, a la vez, la sociedad, por acuerdo de su Consejo de Administración, haya celebrado un contrato con el consejero delegado de la sociedad en que se fije una retribución que cumpla con lo establecido en el artículo 249 LSC³².

Para mitigar esta posible falta de transparencia, instaurada por la modificación de la LSC, se viene proponiendo por un sector de la doctrina³³ una interpretación acumulativa de lo preceptuado en los artículos 249 y 217.3 LSC, de forma que los consejeros

31. En relación a la necesaria transparencia, sobre esta materia, frente al socio, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 2013, entre otras, estableció lo siguiente: «Esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución "aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles –en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril (RJ 2007, 2418), afirma que su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo (RJ 2008, 3184), que se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 4878), recurso núm. 1976/2008). En el caso allí enjuiciado se trataba de una sociedad anónima, pero los razonamientos son igualmente aplicables a la sociedad limitada, como es la demandada».

32. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, ob. cit., pág. 19, considera que esta posibilidad –que los Estatutos Sociales establezcan el cargo de administrador como gratuito y, a la vez, se pueda retribuir a un consejero por el desarrollo de funciones ejecutivas–, amparada legalmente, es un «verdadero disparate».

33. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, ob. cit., pág. 18.

que acuerdan aprobar el contrato a suscribir con el consejero que desarrolla funciones ejecutivas deben tener en cuenta, a efectos retributivos, el límite máximo acordado por la Junta General para toda la remuneración anual de los administradores fijada de conformidad con lo previsto en el artículo 217 LSC. De esta forma, el acuerdo de Junta General daría cobertura a la retribución de los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas.

Realmente, es cierto que no existe ninguna previsión en el artículo 249 LSC que permita concluir, de forma rotunda y taxativa, que la retribución del consejero que desarrolla funciones ejecutivas no tenga que estar sometida al «techo» del importe anual de retribuciones fijado para los administradores por la Junta General. No obstante, una interpretación sistemática y teleológica de la norma parece que aboga por no poder concluir en este sentido.

Sobre este particular hay quien³⁴ también ha mostrado sus discrepancias al considerar que no parece posible conciliar, en cuanto a la reserva estatutaria y la competencia del órgano, los dos sistemas, pues, apostar por el artículo 217 LSC supondría, probablemente, obligar a las sociedades a considerar cercenada la competencia orgánica prevista claramente en el artículo 249 LSC como exclusiva del órgano de administración, lo que iría más allá de lo permitido para el intérprete de la Ley.

Además de esta posible falta de transparencia, tratada previamente, también se ha puesto de manifiesto que la nueva disciplina de retribución de administradores, ha instaurado un sistema que carece de coherencia y una mínima justificación al establecer que existirá una transparencia y control absolutos cuando la estructura del órgano de administración esté formada por un Administrador Único, Mancomunados y Solidarios y una transparencia mermada en aquellos supuestos en los que la estructura del órgano de administración sea la de un Consejo de Administración³⁵. En efecto, en las tres primeras estructuras la retribución debe estar prevista, al amparo del artículo 217 LSC, en todo caso en los Estatutos Sociales, mientras que, en la cuarta estructura de administración, puede que exista una retribución, que habitualmente suele ser la más elevada, que, de conformidad con lo previsto en el artículo 249 LSC, escape de la cobertura estatutaria. Por lo tanto, a nuestro juicio, es cierto que, con este nuevo régimen retributivo de administradores, dependiendo de la estructura del órgano de administración por la que opte la Junta General de la sociedad, acorde con las previsiones estatutarias establecidas, podrá existir un menor o mayor grado de transparencia en relación a la retribución del órgano de administración.

Otra cuestión a abordar, generada, igualmente, por la reforma introducida en la LSC en materia de retribución de administradores, es, en el mismo sentido que la comentada previamente, la disfunción que provoca el nuevo régimen retributivo debido a que un Administrador Único y un consejero ejecutivo –no existiría dife-

34. Así, J. JUSTE MENCÍA y A. CAMPINS VARGAS, ob. cit., pág. 498.

35. En este sentido, L. FERNÁNDEZ DEL POZO, ob. cit., pág. 17: «*la transparencia/intervención del socio quedan sustancialmente mermadas en sociedades no cotizadas en sus aspectos cualitativo y cuantitativo (...), sino que son variables en función de la estructura y diseño del órgano de administración: transparencia y control "plenos" en los casos de administradores únicos, mancomunados y solidarios y "muy deficiente" en los casos de previsión en estatutos del consejo, lo que carece de coherencia y una mínima justificación*».

rencia alguna de funciones entre ambos administradores– pueden ver sometidos su retribución a dos regímenes distintos³⁶: el Administrador Único percibiría su retribución de conformidad con lo previsto en el artículo 217 LSC mientras que el consejero ejecutivo podría percibir su retribución ex artículo 249 LSC. Es decir, ¿por qué un Administrador Único, que desarrolla funciones ejecutivas, tiene que ver sometida su retribución al principio de reserva estatutaria y, sin embargo, un consejero que, por acuerdo del Consejo de Administración, desarrolle funciones ejecutivas, tiene que ver sometida su retribución al acuerdo del mismo? Parece que, en este extremo, decae la Tesis de Paz-Ares que, como hemos visto previamente, sostiene que debe existir un régimen distinto de retribuciones en función de las funciones que desarrolle el administrador.

Finalmente, conviene traer a colación que el Preámbulo de la Ley 31/2014, en su apartado IV, establece que con *«las modificaciones relativas a la junta general de accionistas, se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial»*. Si bien es cierto que la justificación transcrita obedece a las modificaciones introducidas, por el referido cuerpo legal, en sede de Junta General, llama poderosamente la atención que se pretenda reforzar el papel de la Junta General y abrir nuevos cauces que fomenten la participación de los socios y, por otro lado, en materia de retribución de consejeros que desarrollen funciones ejecutivas, se hurte a la Junta el control estatutario directo de aquellas retribuciones. Se trata, a nuestro juicio, de una disfunción o incoherencia adicional a las ya comentadas previamente.

5.2. EL CONTROL «EX ANTE» DE LOS SOCIOS

Como se ha expuesto previamente y se ha reiterado en varias ocasiones, parece claro que la reforma introducida en la LSC permite que en una sociedad, regida por un Consejo de Administración y con la previsión estatutaria de que el cargo de administrador es gratuito, se pueda retribuir al consejero que tenga encomendada funciones ejecutivas por el propio Consejo de Administración, previa observancia, como no puede ser de otra forma, de lo establecido en el artículo 249 LSC.

Este nuevo régimen instaurado en la LSC, a nuestro juicio, debe obligar, sobre todo en interés de los socios minoritarios, a establecer determinadas cautelas y mecanismos de control sobre el Consejo de Administración y, especialmente, sobre todas las cuestiones que conciernen a la delegación de facultades ejecutivas y a su, correspondiente, en su caso, retribución. Sin perjuicio de lo anterior, la realidad práctica de la cuestión también nos permite afirmar que las posibles cautelas o medidas de control que se pretendan instaurar en la sociedad, sobre la retribución del consejero que desarrolle

36. En este sentido, J JUSTE MENCÍA y A. CAMPINS VARGAS, ob. cit., pág. 497: *«Es en estos casos donde la nueva legislación puede causar cierta perplejidad en el intérprete, porque no existiría ninguna diferencia funcional entre el consejero delegado y vgr. un administrador único. Uno y otro pueden dedicarse profesionalmente a la gestión de la compañía. Sin embargo, el primero podría obtener su retribución por acuerdo del consejo, mientras que el segundo, para realizar las mismas funciones con idéntica dedicación, habría de someterse a lo dispuesto al art. 217 LSC. En estos casos, no deja de revestir cierta artificialidad afirmar que uno actúa como administrador “en cuanto a tal” y el otro no, presuponida la identidad de funciones»*.

funciones ejecutivas, son muy limitadas y, en muchos casos, resultarán, por las circunstancias del caso, prácticamente imposibles de llevar a la práctica.

La doctrina más autorizada, ante el peligro que puede suponer la falta de previsión estatutaria de la retribución de consejeros que desarrollen funciones ejecutivas, se ha pronunciado en este sentido abogando por la necesidad y por lo deseable del establecimiento de un sistema de gobierno *ad hoc* que permita limitar el poder de la mayoría a los administradores, sobre todo cuando existan minorías estables que no se encuentren representadas en el Consejo de Administración³⁷.

Una de las posibles cautelas o medidas de control que, desde luego, parece más deseable, es la inclusión en los Estatutos Sociales, con el mayor detalle posible –pero, al menos, con un mínimo de detalle–, de una regulación que determine cuál es el régimen de la sociedad para la retribución de los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas. Evidentemente, si la sociedad dispusiera de Reglamento del Consejo de Administración, sería casi necesario que, en el mismo, se previera, igualmente, el referido régimen retributivo de los consejeros ejecutivos.

En este sentido, en la ya referida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 30 de julio de 2015³⁸, se puede comprobar cómo la sociedad en cuestión, instaurando el nuevo régimen introducido por la reforma operada por la Ley 31/2014, incluye, asimismo, voluntariamente, en los estatutos sociales, para mayor transparencia en relación a sus socios y a los tercero, unos parámetros, con mayor o menor concreción, para la determinación de la retribución de los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas.

Asimismo, parece que nada obsta a que la mayoría de las dos terceras partes del Consejo de Administración³⁹, exigida para la aprobación del contrato entre el consejero que desarrolle funciones ejecutivas y la sociedad, prevista en el apartado tercero del artículo 249 LSC, pueda ser elevada estatutariamente, reforzando, al menos, de forma aparente, el control sobre el mecanismo de aprobación del contrato. Decimos de forma aparente porque, evidentemente, si un socio minoritario no está representado en el Consejo de Administración, de nada sirve que se refuercen, más o menos, la mayoría exigida para la aprobación del ya tantas veces mencionado contrato con el consejero que desarrolla funciones ejecutivas.

Más discutible, sin embargo, es la posibilidad de que los estatutos sociales puedan atribuir a la Junta General la competencia para aprobar el contrato⁴⁰, puesto que la LSC es tajante al atribuir esta competencia al Consejo de Administración.

37. Así, J. JUSTE MENCÍA y A. CAMPINS VARGAS, ob. cit., pág. 499: «Al margen de los peligros que puede plantear en sociedades cerradas la falta de una previsión obligatoria que obligue a la junta a implicarse en la remuneración de los consejeros delegados, de un modo parecido a como se ha previsto en cotizadas con la aprobación de una política de remuneraciones».

38. Cfr., supra, la Nota al pie número 13.

39. Coordinada con la mayoría prevista en el apartado segundo del artículo 249 LSC.

40. Vid. en este sentido, F. LEÓN SÁNCHEZ, «Art. 249. Delegación de facultades del consejo de administración», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, J. JUSTE MENCÍA (Coord.), Pamplona, 2015, pág. 509: «en caso de admitirse el nombramiento de

Finalmente, en nuestra opinión, con el nuevo sistema retributivo instaurado en la LSC, resulta necesario, en todo caso, que el derecho de información del socio sobre la retribución de los consejeros que desarrollan funciones ejecutivas, con carácter previo y durante la celebración de la junta general, se vea reforzado. En este sentido, si el socio solicitare, al amparo de los artículos 196 o 197 LSC, según estemos en sede de Sociedad de Responsabilidad Limitada o en sede de Sociedad Anónima, el contrato suscrito entre el consejero ejecutivo y la sociedad, el mismo debería ser facilitado al socio solicitante. O, en todo caso, al menos, se le debe facilitar al socio la información requerida sobre los extremos del contrato acerca de los que se hubiese solicitado información⁴¹.

5.3. EL CONTROL «EX POST» DE LOS SOCIOS

Las medidas de control por los socios *ex post*, es decir, aquellas que pueden adoptar los mismos con carácter posterior a la aprobación y, consecuente, despliegue de efectos del contrato entre el consejero que desarrolla funciones ejecutivas y la sociedad, no son muy abundantes y las mismas, no están exentas de dificultad, sobre todo cuando se trata de socios minoritarios sin representación en el Consejo de Administración.

En este sentido, hay quien⁴² ha puesto de relieve sus dudas relativas a los mecanismos de control *ex post*, al expresar que es cierto que las medidas de control judicial *ex post* que son posibles ejercitar al amparo de las cláusulas generales tienen una eficacia limitada y que, por lo tanto, de ellas, no puede esperarse la eliminación de cualquier abuso que se pueda producir; señalando, asimismo, que sólo los casos más egregios o sangrantes podrán ser combatidos; para acabar concluyendo que debe admitirse que una política que realmente se proponga avanzar en la dirección correcta no puede prescindir de medidas de prevención *ex ante*.

El principal instrumento de control del socio es, al amparo de lo dispuesto en el artículo 251 LSC, siempre que concurra el presupuesto previsto en el mismo –socio titular de más del 1% del capital social–, la impugnación del acuerdo del Consejo de Administración del contrato aprobado por el mismo. Si el socio está representado en el Consejo de Administración, también al amparo del artículo 251 LSC, podrá el consejero que lo represente impugnar el referido acuerdo del Consejo de Administración.

Las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán de conformidad con lo previsto para la impugnación de los acuerdos sociales de la Junta General, con la particularidad de que también procederá por infracción del Reglamento del Consejo de Administración –artículo 251.2 LSC–. Consecuentemente, los motivos

los administradores delegados por la junta cuando se hubiera previsto así en los estatutos sociales, como hacía un sector de la doctrina anterior a la reforma de 2014, se debería admitir, con el mismo fundamento, que fuera la junta general la que aprobara el contrato entre la sociedad y los administradores delegados».

41. Así, J. JUSTE MENCÍA y A. CAMPINS VARGAS, ob. cit., pág. 500: «no cabe duda de que el derecho de información del socio se extiende a la cuantía de las retribuciones, y que cabrá poner en marcha los remedios procesales que, precisamente, la autonomía estatutaria puede contribuir a mitigar».

42. Vid. C. PAZ-ARES, ob. cit., pág. 55.

de impugnación serán los previstos en el artículo 204.1 LSC atendiendo a las particularidades del caso concreto que presente el acuerdo de aprobación del contrato suscrito entre el consejero ejecutivo y la sociedad, esto es, que sea contrario a la Ley, se oponga a los Estatutos Sociales o, si existiera, al Reglamento del Consejo de Administración, o se lesione el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

En este punto, resulta necesario hacer hincapié en que, en este ámbito relativo a la materia retributiva de los administradores, el deber de lealtad exigido a los mismos (artículo 227 LSC) merece una especial atención y consideración, pudiendo, a nuestro juicio, incluso resultar aplicable el régimen especial previsto en la LSC para aquellos supuestos en los que se infrinja el referido deber impuesto legalmente a los administradores sociales. En este sentido, el artículo 239.1 LSC prevé, en su segundo párrafo, que los socios pueden ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la Junta General previamente; el artículo 227.2 LSC establece que la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador; y el artículo 232 LSC prevé las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.

6. CONCLUSIONES

La reforma introducida en la LSC parece que ha instaurado legalmente la doctrina que hemos denominado como Tesis de Paz-Ares. Es pacífico que existen en la redacción vigente de la LSC dos regímenes retributivos diferenciados de administradores: por un lado, el régimen retributivo que corresponde a los administradores por el desarrollo de sus funciones en su condición de tales, que estaría sometido al principio de reserva estatutaria ex artículo 217 LSC; y, por otro lado, el régimen retributivo que corresponde a los consejeros que desarrollen funciones ejecutivas, que no estaría sometida al principio de reserva estatutaria, bastando para la procedencia de la misma el acuerdo del Consejo de Administración de conformidad con todo lo previsto en el artículo 249 LSC.

La Ley 31/2014, muy lejos de solventar definitivamente todas las cuestiones sobre la materia, ha provocado una serie de disfunciones o incoherencias en la redacción actual de la LSC que han puesto de manifiesto discrepancias interpretativas sobre numerosos aspectos de la misma que consideramos que se encuentran pendientes de solventar doctrinal y jurisprudencialmente.

La trasposición, relativa al régimen de retribución de administradores, que se ha efectuado de las sociedades cotizadas a las sociedades no cotizadas no se ha realizado con las garantías y mecanismos suficientes –previstos en sede de sociedades cotizadas– para que, en las segundas, se garantice la transparencia y el control por los socios de una materia societaria tan relevante y tan sensible. En este sentido, consideramos que los socios minoritarios han visto mermadas, sensiblemente, la transparencia de la que, hasta la entrada en vigor de la reforma, gozaban.

Los mecanismos de control de los socios sobre la retribución de los consejeros ejecutivos, son unos instrumentos que, reconociendo, en algunos supuestos, sus debilidades y, en determinadas situaciones, incluso su inconsistencia, tratan de paliar la situación en la que, tras la reforma de la LSC, ha quedado el socio en relación a la posibilidad de controlar, de forma efectiva, la retribución del consejero que desarrolle funciones ejecutivas.