

# El Tribunal Supremo interpreta el régimen de retribución de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014 (STS 1ª de 26 de febrero de 2018)

**Fernando Marín de la Bárcena**

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid  
Consejero académico de GA\_P

---

## I. Introducción

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) en lo que se refiere a la retribución de los administradores se interpretó mayoritariamente en el sentido de que sus normas debían aplicarse en función de si la estructura del órgano de administración era simple o compleja. En el primer caso (administrador único, administradores solidarios o mancomunados) resultarían aplicables las normas previstas en los artículos 217 a 219 LSC, que requieren constancia estatutaria del concepto retributivo y aprobación por la junta general del importe máximo de la retribución a percibir por el conjunto de los administradores.

En el caso del consejo de administración que hubiera delegado facultades o atribuido funciones ejecutivas a un consejero o a varios, se debía distinguir entre la retribución a percibir como consecuencia del desempeño del cargo de «mero consejero» (los consejeros «en su condición de tales») y la retribución a percibir por el desempeño de las funciones ejecutivas delegadas o atribuidas de alguna forma a uno o a varios consejeros «ejecutivos». La retribución a percibir por el desempeño de las funciones de mero consejero (esencialmente, funciones de supervisión) quedaría sujeta a los requisitos de constancia estatutaria del concepto retributivo y aprobación del importe máximo de la retribución del conjunto de los consejeros mediante acuerdo de la junta general previstos en el artículo 217 LSC. Por el contrario, la retribución de los consejeros ejecutivos se regiría por lo dispuesto en los artículos 249.3 y 249.4 LSC, de modo

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

que bastaría con la aprobación por el consejo de administración del contrato de servicios, que quedaría unido al acta y sin necesidad ni de constancia estatutaria ni de acuerdo de la junta general.

Desde el principio, fueron muchas las voces que denunciaron que esta interpretación de las normas, aún en la línea de pensamiento de los expertos que proyectaron la reforma, no era conforme al sistema legal interpretado en su conjunto (el art. 217.1 LSC no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos) y además producía un efecto contrario al que la propia norma pretendía conseguir, esto es, fomentar la mejora del gobierno corporativo mediante el refuerzo del papel de la junta general como órgano de control de los administradores. Los trabajos de Luis Fernández del Pozo al respecto son conocidos y de recomendable lectura, pues puso de manifiesto lo inadecuado de mantener esa interpretación en el ámbito de sociedades cerradas.

Por el contrario, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y una buena parte de la doctrina científica española, acogió sin reservas la tesis expuesta arriba y declaró la autonomía plena de la retribución a percibir por los consejeros ejecutivos por el desempeño de sus funciones ejecutivas respecto del régimen legal previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 217 LSC para el resto de administradores. En su momento ya destacamos que aceptar un razonamiento de esta índole podría afectar a la caracterización de la naturaleza misma de la delegación o la atribución de funciones ejecutivas como facultad de auto-organización del consejo, a la caracterización de la relación entre el consejero ejecutivo y la sociedad e incluso a la aplicación de las reglas sobre responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades de capital.

La STS 1ª de 26 de febrero de 2018 (Ponente: Excmo. Sr. Sarazá Jimena) resuelve el recurso de casación interpuesto por el Registrador Mercantil D. Luis Fernández del Pozo contra la SAP Barcelona (Sección 15ª) de 30 de junio de 2017 en un procedimiento sobre revocación de la calificación negativa realizada por dicho registrador respecto de una cláusula estatutaria dictada con posterioridad a la reforma de 2014. En la cláusula estatutaria se disponía el carácter gratuito del cargo de administrador de una sociedad de responsabilidad limitada y, al tiempo, que la retribución de sus consejeros ejecutivos se realizaría mediante la aprobación de sus contratos por el consejo en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 LSC sin intervención de la junta general. Esto se consideraba una contradicción porque el cargo no puede ser gratuito y retribuido a la vez y, aunque ésta es una cuestión a analizar con más cuidado y separadamente, no se puede hurtar a la junta general su competencia para decidir el importe máximo de la retribución a percibir por el conjunto de los administradores.

El Tribunal se pronuncia de este modo sobre el significado y alcance de la reforma de la LSC en 2014 en lo que se refiere a la retribución de los administradores y, en particular, sobre la polémica suscitada sobre las reglas aplicables a la retribución de los consejeros ejecutivos.

## II. La respuesta del Tribunal Supremo (en síntesis).

1. El Tribunal no comparte la doctrina sentada por la DGRN en la resolución de 17 de junio de 2016 sobre el alcance de la reforma de la LSC sobre retribución de administradores ni, por consiguiente, la interpretación que realiza del sistema legal la SAP de Barcelona de 30 de junio de 2017 que casa y anula.
2. El artículo 217 LSC se aplica a la «remuneración de los administradores» y al «cargo de administrador», de modo que resulta aplicable a la remuneración de todos los administradores con independencia de que se trate de consejeros que desempeñen funciones ejecutivas o de supervisión. En consecuencia, la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y de los conceptos retributivos a percibir es una exigencia para todo cargo de administrador, y no exclusivamente para una categoría de administradores (como se deduce además de la Exposición de Motivos).
3. La distinción entre consejeros «en su condición de tales» y consejeros «ejecutivos» no es aceptable, al menos en lo que se refiere a la interpretación de este conjunto de normas. El sistema de organización de la administración de las sociedades de capital españolas es monista y, por tanto, no cabe distinguir entre un órgano (o cargo) de supervisión y otro órgano (o cargo) ejecutivo como ocurre en los sistemas dualistas. El consejo puede delegar funciones ejecutivas en uno o varios consejeros o comisiones (o apoderados) precisamente porque es titular de esas funciones: son funciones propias de los consejeros delegantes (nadie puede dar lo que no tiene).

Por tanto, con la expresión administradores «en su condición de tales» el legislador se refiere a los administradores en el ejercicio del cargo y se refiere a cualquier consejero (incluidos los ejecutivos que ejercen funciones ejecutivas también en su condición de administradores). El sentido de la expresión «en su condición de tales» consiste en separar las retribuciones que perciben los administradores por el desempeño de las funciones y competencias propias del cargo de administrador (alta dirección), de aquellas otras que pueden recibir, si así se acuerda con la sociedad, por prestaciones de carácter laboral o prestaciones de servicios relacionados con funciones accesorias a las propiamente orgánicas, a las que se refiere el artículo 220 LSC para las sociedades de responsabilidad limitada (v.gr. contratos de ingeniería, asesoramiento jurídico y otros, no encuadrables en las funciones propias de un administrador).

4. El legislador no ha pretendido distinguir entre retribuciones que deben figurar en los estatutos y otras que no, ni ha pretendido sustraer de la junta general la competencia para fijar la retribución máxima que pueden percibir el conjunto de los administradores. El sistema normativo general sobre retribución de los administradores (art. 217 LSC) debe complementarse mediante las normas sobre retribuciones de consejeros que desempeñan funciones ejecutivas (art. 249 LSC) y no sustituirse ni aplicarse de forma alternativa.

Prueba de lo anterior es que algunos de los conceptos retributivos que se incluyen en el artículo 217.2 LSC (retribuciones variables) y que después desarrollan los artículos 218 y 219 LSC (retribución basada en una participación en beneficios o en acciones de la sociedad, respectivamente) son propios, precisamente, de la retribución de consejeros con funciones ejecutivas. No se considera aceptable la tesis que afirma que los artículos 218 y 219 LSC no se aplican a los consejeros ejecutivos porque precisamente este tipo de retribuciones son «típicas» de consejeros ejecutivos.

5. El propio artículo 249 bis i) LSC declara indelegables «las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, *dentro del marco estatutario* y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general» (la cursiva es nuestra). Esto es así porque se parte de la base de que la remuneración de todos los consejeros (incluidos los ejecutivos) estará al menos prevista en los estatutos que rigen la vida de la sociedad.
6. La referencia a las distintas funciones y responsabilidades atribuidas a cada administrador, a que se refiere el apartado 3 del artículo 217 LSC como criterio para repartir el conjunto de la retribución aprobada por la junta general entre los distintos administradores, sólo se entiende si el precepto se aplica a consejeros con funciones ejecutivas (al menos en sociedades no cotizadas). Si el precepto sólo se aplicara a los consejeros por su asistencia a los consejos, las «funciones» y «responsabilidades» de cada consejero estarían limitadas al desempeño de cargos dentro del propio órgano (v.gr. la Presidencia), lo que no justificaría, en principio la percepción de una retribución distinta o mayor que la correspondiente a los demás miembros del consejo.
7. La conclusión es que la retribución de los consejeros ejecutivos (a establecer en los contratos) es retribución por el desempeño del cargo de administrador y, por tanto, debe enmarcarse dentro de las previsiones estatutarias sobre retribuciones (apartado 2 del artículo 217 LSC) y dentro del importe máximo de la retribución anual del conjunto de administradores aprobado por la junta general (apartado 3 del artículo 217 LSC). La cláusula estatutaria que diga que el cargo de administrador es gratuito y, al tiempo, disponga que la retribución de los consejeros ejecutivos se fijará por el consejo en los contratos no puede inscribirse en el Registro Mercantil porque resulta contradictoria (el cargo no puede ser gratuito y retribuido a la vez) y porque los conceptos retributivos a percibir por todos los consejeros (incluidos los ejecutivos) deben constar en los estatutos y dentro de importe máximo aprobado para el conjunto de los administradores por la junta general.

### **III. El sistema normativo sobre retribución de los administradores de sociedades no cotizadas**

Con una claridad expositiva poco frecuente, el Tribunal explica que el sistema normativo sobre remuneración de los administradores (no cotizadas) se divide en tres niveles:

# G A \_ P

1. Nivel uno: Los estatutos sociales deben establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este caso, fijar los conceptos retributivos a percibir por todos los administradores (*obiter dicta* afirma que no se debe ser tan riguroso como hasta la fecha con la concreción exigible a las cláusulas estatutarias).
2. Nivel dos: La junta general debe establecer el importe máximo de la retribución anual a percibir por el conjunto de los administradores, sin perjuicio de que pueda adoptar además un acuerdo sobre política de remuneraciones parecido al de las sociedades cotizadas (art. 529 novodecies LSC) y de la necesaria intervención si se establecen los conceptos retributivos desarrollados en los artículos 218 y 219 LSC (participación en beneficios, retribución referenciada al valor de las acciones). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad adicional de impartir instrucciones o someter a su autorización cuestiones relacionadas con la retribución de los consejeros ejecutivos (porque se consideran concretos asuntos de gestión sujetos al art. 161 LSC).
3. Nivel tres: Las competencias de los administradores respecto de su retribución consisten en: (i) distribuir la retribución fijada para el conjunto entre los distintos administradores según sus funciones y responsabilidades, salvo que ya aparezca distribuido por la junta general (art. 217.3 LSC) y (ii) aprobar y suscribir los contratos con los consejeros ejecutivos en los términos de los artículos 249.3 y 249.4 LSC, que son un complemento de la regulación prevista en los artículos 217 a 219 LSC plenamente aplicable a los consejeros ejecutivos.

## IV. Consecuencias para la práctica.

Las conclusiones prácticas que cabe extraer de esta interpretación del sistema legal, al margen de las consideraciones de tipo fiscal y de las especialidades que suele plantear cada caso concreto, son las siguientes:

1. Es necesario revisar los estatutos sociales con la finalidad de comprobar si se ajustan al sistema legal tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo y, en caso contrario, promover su reforma.
2. Es necesario revisar los contratos de administración de los consejeros con funciones ejecutivas con la finalidad de comprobar si son conformes con las previsiones estatutarias establecidas por la compañía.
3. Es necesario revisar el procedimiento de aprobación de los contratos de administración y, en el caso de que no hayan sido objeto de aprobación por la junta general de socios, someterlos a ratificación.

4. Es necesario comprobar si en los contratos de administración está prevista la incidencia que puede tener respecto de su vigencia el hecho de que la junta general no apruebe la remuneración máxima a percibir por el conjunto de los administradores o que la retribución pactada en el contrato sea superior a la aprobada por la junta general (denuncia del contrato, obligaciones de negociación de buena fe, etc.).