

La retribución de los administradores en el ámbito del derecho mercantil



La regulación de la retribución de los administradores en el ámbito mercantil, la encontramos fundamentalmente en los artículos 217, 218, 219 y 249 del Real Decreto Legislativo 1/2010 (RDL 1/2010), por el que se aprueba el refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) en la redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE 4/12/2014 y entrada en vigor de la misma a los 20 días de su publicación en el BOE). Nótese que la modificación de la regulación de tales retribuciones del órgano de administración entró en vigor prácticamente junto con la ley 27/2014 del impuesto sobre sociedades cuya entrada en vigor lo es desde 1-1-2015, la cual hace referencia en algunos artículos a la deducibilidad de las retribuciones de los administradores, cuyo análisis tributario de tales retribuciones efectuaremos en el próximo artículo.

Autor:

Antonio Martínez Alfonso

Doctor en Economía
Técnico de Hacienda

Es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en la LSC, y los administradores de la sociedad pueden ser personas físicas o jurídicas.

En materia de remuneración del órgano de administración los artículos 217, 218, 219 y 249 (cuando se actúa a través de un consejo de administración) disponen:

Artículo 217. Remuneración de los administradores.

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 apruebe 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.*

Artículo 218. Remuneración mediante participación en beneficios.

1. *Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.*

2. *En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.*

3. *En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detráida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.*

Artículo 219. Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

1. *En la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas.*

2. *El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de*

ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración.

1. *Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.*

2. *La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.*

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.

De la lectura y análisis de los mismos, así como de su puesta en conexión con lo que dispone la LIS en materia de deducibilidad de las retribuciones de los administradores, (artículos 15 letras e y f y 18.2.b), extraemos las siguientes conclusiones:

1. En las sociedades mercantiles el cargo de administrador por defecto es gratuito y así aparece generalmente en los estatutos. No obstante, si el mismo es retribuido, los estatutos, no solo deben contemplar el carácter remunerado del cargo, sino que también deben concretar el sistema de retribución, así como el concepto o conceptos retributivos a percibir tanto fijos como variables por los administradores.

2. La determinación concreta de su cuantía debe llevarse a cabo, en su caso, por la junta general de socios/accionistas en ejercicio de su competencia y en función de los parámetros que se estimen convenientes (trabajo efectivo llevado a cabo, resultados sociales, período de permanencia...). Así, La junta general deberá aprobar durante el ejercicio el importe máximo de remuneración anual del conjunto de los administradores y en su caso consejeros ejecutivos (véase en este sentido la sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (recurso nº 3574/2017), que permanecerá vigente en ejercicios siguientes hasta que se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de dicho importe la establecerán los propios administradores, y en caso de Consejo de Administración, el propio Consejo considerando tanto las funciones y actividades realizadas como las responsabilidades asignadas a cada consejero

En las sociedades cotizadas los consejeros son naturalmente retribuidos con el requisito de quedar reflejado en sus estatutos el concreto sistema de retribución o bien indicar de forma expresa que el cargo será gratuito.

3. Se establece una limitación genérica al Importe de la remuneración total de los administradores y en su caso consejeros ejecutivos, tal que se garantice una proporción razonable con la situación económica de la sociedad en cada momento y los estándares del mercado de empresas, de forma que el sistema de remuneración este orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, así como al logro del fin social.

4. Si la remuneración lo es mediante participación en beneficios (art. 218 TRLSC), los estatutos sociales determinarán concretamente (SA y SL):

- El importe de la participación en beneficios; o
- El porcentaje máximo de la misma (en este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales).

En la sociedad de responsabilidad limitada el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al 10% de los beneficios repartibles entre los socios.

Sin embargo, en la sociedad anónima la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

5. Si la remuneración de los administradores está vinculada a la entrega

de acciones de la sociedad, de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas (sistema previsto para las SA en el art. 219 TRLSC):

El acuerdo deberá incluir:

- El número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración (No es necesario fijar el número exacto de acciones a entregar ni el precio. Es suficiente con determinar un número máximo de acciones y el sistema de cálculo del precio);
- El precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones;
- El valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia;
- El plazo de duración del plan

6. Desde 1-1-2015, para las retribuciones correspondientes a las funciones propias del cargo de administrador y dirección gerencial de las entidades no es necesario buscar comparables para fijar tales retribuciones acordes a mercado, ya que de conformidad con el art. 18.2.b) de la Ley 27/2014 del IS, se consideran operaciones entre personas o entidades vinculadas, entre otras las realizadas por “una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones”. Sin embargo, si presta otros servicios bien profesionales, bien ordinarios o comunes de carácter laboral, tales retribuciones (importe de la contraprestación) no deben superar el valor de mercado de las mismas entre parte independientes ya que están sujetas al régimen de operaciones vinculadas regulado en el artículo 18 de la LIS.

7. El importe de las percepciones anuales deberá estar contabilizado y reflejarse adecuadamente en el MODELO 190 con la clave y subclave correspondiente.

Así, el registro con clave A, serán un medio de prueba para acreditar su condición de “asalariado” por las funciones laborales que efectivamente desempeña en la empresa que no suponen el ejercicio del cargo de administrador/gerente. En otro caso, si percibe las retribuciones por las funciones propias del cargo de administrador (por la efectiva dirección, gestión y representación de la entidad), tales percepciones anuales deben reflejarse adecuadamente en el MODELO 190 como clave E (retribuciones a consejeros y administradores), cuyo detalle es:

Clave E – modelo 190. Retribuciones a consejeros y administradores.

Subclave 01: cuando el consejero o administrador esté incluido en el régimen general de la Seguridad Social como trabajador «asimilado» a trabajadores por cuenta ajena, y los rendimientos percibidos no deban reflejarse en la subclave 02.

Subclave 02: cuando el consejero o administrador esté incluido en el régimen general de la Seguridad Social como trabajador «asimilado» a trabajadores por cuenta ajena, y los rendimientos procedan de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del último período impositivo finalizado con anterioridad al pago de los rendimientos sea inferior a 100.000 euros.

Subclave 03: cuando el consejero o administrador esté incluido en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos, y los rendimientos procedan de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del último período impositivo finalizado con anterioridad al pago de los rendimientos sea inferior a 100.000 euros.

Subclave 04: se consignará esta subclave en todas las percepciones de la clave E distintas de las que deban relacionarse bajo las subclaves 01, 02 y 03.

Por otra parte, y solo para las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 220 dispone que cualquier clase de prestación de servicios o de obra realizado por la sociedad con sus administradores requerirán el acuerdo de la junta general, en los siguientes términos:

Artículo 220. Prestación de servicios de los administradores.

En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general.

De este artículo, se deduce que se puede simultanear el cargo de administrador/gerencia retribuido o no, con la prestación de otros servicios o la realización laboral de otro tipo de funciones, tareas o actividades ordinarias, comunes y distintas de la de su condición de administrador (mecánico, contable, comercial, electricista, pintor, director financiero, arquitecto, oficial de 1ª, 2ª, etc.) por las que se pueden percibir los correspondientes salarios/emolumentos a valor de mercado a través de un contrato de prestación o arrendamiento de servicios que quedaran reflejados en un acta de la junta general, a la cual se puede (es conveniente) hacer referencia en la memoria de las cuentas anuales.

Además, para percibir la correspondiente retribución estos trabajos ordinarios o comunes, no se requiere modificación alguna de los estatutos, sea o no retribuido el cargo de administrador, ya que tales actividades o funciones no son objeto de reserva estatutaria, por lo que bastará con tener aprobado por junta general de accionistas o de socios anualmente mediante un acta (tal acta debe

constar en el libro de actas de la entidad), el importe de la retribución a percibir por los administradores indicando la función o funciones ordinarias que se retribuyen. Recordamos que estas retribuciones no deben superar el valor de mercado y están sujetas al régimen de operaciones vinculadas. Y como ya hemos señalado, también resulta conveniente hacer mención del tipo de funciones por las que se están percibiendo los salarios/emolumentos, en las cuentas anuales. Así, en la memoria hay que señalar el importe y naturaleza de los servicios por lo que se está retribuyendo al administrador. Sin embargo si se retribuye a cualquier socio (no administrador) con independencia del % de participación o del encuadramiento en el correspondiente régimen de la seguridad social, no es necesario que conste en acta alguna en este sentido, salvo que estemos ante una sociedad unipersonal, en cuyo caso tenemos la obligación de llevanza del libro de contratos entre la sociedad y su socio único (libro obligatorio por el que procede su legalización en los mismos términos que para el libro diario, libro de inventarios y cuentas anuales o libro de actas) que estará compuesto por todos aquellos contratos firmados entre la sociedad y su socio único dentro de un determinado ejercicio social.

En el sentido de lo antes expuesto citamos la Resolución de 3 de abril de 2013 de la DGRN en la cual señala: **Es innecesario e inoportuno hacer referencia a esas relaciones por retribuciones del trabajo, dinerarias o en especie o por cesiones de bienes muebles o inmuebles, etc, en los Estatutos con cláusulas o redacciones del tipo:** “ las retribuciones antes expresadas (por las funciones del cargo de administrador) lo seránsin perjuicio del pago de los honorarios profesionales o de los salarios que pudieran acreditarse frente a la sociedad, en razón de la prestación de servicios profesionales o de la vinculación laboral del administrador con la compañía para el desarrollo de

otras actividades en la misma por las que percibirá también el pago del autónomo, un seguro médico, un rendimiento al 3% de las cantidades prestadas a la empresa y una retribución por los inmuebles prestados a la empresa, etc, etc.....”.

Por otra parte, la propia DGRN mediante Resolución de 12/05/2014, establece: que determinado que el cargo de administrador es gratuito e inscrita dicha circunstancia, nada obsta a que en el ámbito de prestación de servicios de los administradores a que se refiere el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos establezcan determinadas condiciones para el ejercicio de la facultad que el mismo precepto atribuye a la junta de socios.

Es decir, a pesar de que no se exige la constancia estatutaria de la remuneración al administrador por la prestación a la sociedad de servicios distintos de los propios de su condición de tal, la DGRN admite la inclusión en los estatutos de una mención genérica a la existencia de este tipo de retribuciones sin que con ella se cuestione la competencia de la Junta para autorizar este tipo de prestaciones.

En lo referente a la duración del cargo la regulación la encontramos en el artículo 221 el cual dispone:

Artículo 221. Duración del cargo.

1. *Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración.*

2. *Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos.*

Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de

igual duración máxima.

De la lectura de este precepto se deduce que, con carácter general, en las SL el cargo es indefinido, mientras que en las SA el cargo se ejerce durante el plazo que se señale en los estatutos sin que pueda exceder de seis años, debiendo ser reelegidos trascurrido dicho plazo.

Por tanto, en la medida en que el sistema de retribución que pudieran recoger los estatutos y en su caso la junta general se adecue a lo dispuesto en el artículo 217 y siguientes del TRLSC, el gasto correspondiente a la retribución del órgano de administración por el ejercicio propio de su cargo, así como también por su labor de dirección y gerencia, o otras funciones laborales, tendría la consideración de gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades.

Presentamos a continuación un esquema que trata de aclarar de forma gráfica y según las funciones o tareas que desarrolle el administrador/órgano de administración, la forma de retribuir, así como el órgano que aprueba dicha retribución.

	FUNCIONES O TAREAS DESARROLLADAS	LA RETRIBUCIÓN DEBE CONSTAR EN	ÓRGANO QUE APRUEBA LA RETRIBUCIÓN
RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES Y CONSEJEROS DELEGADOS	En su condición de tales, es decir, por las tareas propias de su cargo (El ejercicio de la gestión, dirección, GERENCIA y representación de la empresa).	De forma expresa en los estatutos	El importe máximo debe ser aprobado por la Junta General(JG)
	Consejeros ejecutivos, es decir por gestión empresarial ejecutiva y consultiva de alta dirección	De forma expresa en un contrato	Firmado con el consejo de Adm.
	Otras actividades para la entidad en las que no actúe como administrador, porque preste servicios ordenando por cuenta propia medios materiales y personales a cambio de una retribución (servicios profesionales), la cual habrá que calificar como Rtos de actividades económicas.	Un contrato de arrendamiento o prestación de servicios	En SL, por aplicación del art.220 TRLSC, requerirá acuerdo en JG mediante acta
	Otras actividades en régimen de dependencia (Rto del trabajo), simultaneándose el cargo de administrador con un contrato de trabajo o de servicios para el desempeño de labores ordinarias no de alta dirección.	Nómina mensual e información en Cuentas anuales.	En SL, por aplicación del art.220 TRLSC, requerirá acuerdo en JG mediante acta

RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES: ÁMBITO DE APLICACIÓN:

Retribuciones por el desarrollo de las funciones y competencias propias del cargo así como por las de dirección y gerencia realizadas por administradores únicos, admin. Solidarios, admin. Mancomunados y consejos de administración

Retribuciones derivadas de relaciones laborales ordinarias y/o de prestaciones de servicios, independientes de las retribuciones propias del cargo de administrador,

Cualquiera que sea el título en virtud del cual se desempeñen (mercantil, civil, laboral). Remisión a la doctrina del vínculo único. En cualquier PYME una persona es socio y administrador, y también ejerce también funciones de alta dirección y gerencia. En tal caso, si percibe alguna remuneración por este último concepto, la teoría del vínculo las asimila a las que se reciben en concepto de administrador. Las Retribuciones por funciones de dirección y gerencia (directivas) o como consejero delegado o por comisiones ejecutivas son deducibles, pero si se cumplen el resto de obligaciones mercantiles (es decir, siempre que conste en los estatutos que el cargo de administrador sea retribuido). Ver Resolución del TEAC de 17/07/2020.

No son objeto de reserva estatutaria, por lo que no se exige su constancia en Estatutos. Es necesario acuerdo de la JG sin voto del socio – administrador. En las SL se regula una especialidad en el art. 220. También en una PYME podemos ver como el socio de la entidad presta servicios no directivos a la misma por labores o funciones denominadas ordinarias bien prestando servicios profesionales bien haciendo los mismos trabajos que cualquier otro asalariado. En tal caso, las remuneraciones recibidas por dicho concepto no se asimilan a las de administrador, sino que son absolutamente independientes. Por ello, el problema que se plantea aquí no es el de su deducibilidad, que procede en todo caso, sino el de su calificación tal y como figura en el cuadro anterior como rentas del trabajo o de actividades económicas.

Cuando el administrador además del ejercicio de las funciones propias del cargo y gerenciales, presta a la sociedad servicios de otra naturaleza (laboral o no), sí que cabe entender que existe un DOBLE VÍNCULO con la sociedad: Así, en primer lugar, tenemos un vínculo mercantil basado en su condición de administrador; y, en segundo lugar, nace otro vínculo jurídico (bien laboral, bien por arrendamiento de servicios) que corresponda atendiendo a la naturaleza jurídica del contrato suscrito por las partes.

Las rentas percibidas por ambos tipos de servicios se calificarán como rendimientos del trabajo, aunque en virtud de normas distintas (17.1 y 17.2.e) de la LIRPF), lo que provocará que el régimen de retenciones aplicable sea distinto para cada tipo de renta. No obstante, si el administrador presta servicios ordenando por cuenta propia los medios materiales y personales a cambio de una retribución (es decir presta servicios profesionales), la renta obtenida se calificará como como Rendimientos de actividades económicas

LOS MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN DE UNA ENTIDAD SEGÚN LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN).

Para distinguir lo que podía considerarse el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador, la DGRN distinguía los siguientes modos de organizar la administración a través de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo y 17 de junio de 2016, sen las que se despejaban con claridad las dudas en torno a la retribución de los administradores generadas por las reformas introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica dicha Ley para la mejora del gobierno corporativo.

Ambas resoluciones clarifican que hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y 3 simples, y en ellas se dispone lo siguiente:

La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo de administración. En ese caso, las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa, de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores y el sistema de retribución de esta función es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva, de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o contractual de facultades ejecutivas, no es una función inherente al cargo de ‘consejero’ como tal, sino una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro.

La retribución debida por la prestación de la función ejecutiva no es propia que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero.

En cambio, en las formas de administración simple (administrador único, dos o más administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos.

Asimismo, se hacen eco de la teoría del vínculo –admitiendo en el administrador la coexistencia de contratos de arrendamiento de servicios, laboral común, etc.–, en función de las labores o tareas de que se trate, excluyendo en todo caso el contrato laboral de alta dirección.

En este sentido la DGRN señala que también pueden existir funciones extrañas al cargo (que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa y que no son objeto de reserva estatutaria). Las retribuciones por estas funciones no es necesario que consten en los estatutos sino en los contratos que correspondan (arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc.) con excepción de contratos laborales de alta dirección (en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan y quedan subsumidas por las funciones inherentes al cargo de administrador en estas 3 formas simples de organizar la administración).

Sin embargo, desde la sentencia de la SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO de 26 de febrero de 2018 (que analizamos con detalle más adelante) no se acepta esta distinción.

Así, el TS aclara que el art. 217, regula la remuneración de los administradores, sin distinguir entre distintas categorías de administradores o formas de administración; por tanto, las previsiones establecidas en el citado art. 217 se aplican igualmente a los consejeros ejecutivos, por lo que exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración para todo cargo de administrador rechazando que la expresión “administradores en su condición de tales” excluya a los consejeros ejecutivos señalando que no parece razonable que, siendo la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de previsión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en su cuantía máxima, sino que, además, los criterios establecidos en el artículo 217.4 (proporcionalidad, razonabilidad, rentabilidad y sostenibilidad) no le sean aplicables.

Ahora bien, se reconoce al Consejo un ámbito de autonomía dentro del marco estatutario, de una forma flexible que permita adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales.

Además, en esta sentencia el Tribunal Supremo entiende que cuando un consejero tiene funciones ejecutivas, toda su retribución deriva de “su condición de tal”, aplicando pues, la conocida como “teoría del vínculo”.

ANÁLISIS DE LA STS DE 26 DE FEBRERO DE 2018, N° 98/2018: INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN SOCIEDADES NO COTIZADAS

El TS interpreta el régimen de retribución de administradores de las sociedades no cotizadas y se desvía de la tesis mantenida, por algunas Audiencias Provinciales y por la Dirección General de Registros y del Notariado (“DGRN”). **Entiende que, en las sociedades no cotizadas, los arts. 217 y 249 LSC deben interpretarse de manera cumulativa y no alternativa. A efectos prácticos, esta interpretación del TS supone lo siguiente:**

- La intervención de la junta en la determinación de la cuantía de la retribución de los consejeros ejecutivos. En las sociedades no cotizadas, toda la retribución percibida por el consejero ejecutivo queda sujeta al importe máximo de remuneración anual de los administradores acordado por la junta.
- La aplicación del principio de reserva estatutaria a la retribución por la prestación de funciones ejecutivas. El sistema de remuneración (que no el quantum) de los consejeros ejecutivos, por todas las funciones que realizan como administradores (incluidas las ejecutivas), debe constar en los estatutos sociales.

Hasta esta sentencia, las Audiencias Provinciales (SAP Barcelona (secc.15), de 30 de junio de 2019, n° 295/2019 y SAP Palma de Mallorca de 2 de mayo de 2019, n° 134/2019 -) y la DGRN (RRDGRN 30.07.15, 05.11.15, 10.05.16 y 17.06.16) interpretaban que existía un régimen propio de remuneración para los consejeros ejecutivos (art. 249 LSC) distinto del general aplicable a los administradores “en su condición de tales” (art. 217 LSC). Como consecuencia, por una parte, los

sistemas de remuneración por el ejercicio de funciones ejecutivas no debían constar en los estatutos sino en el contrato del consejero ejecutivo con la sociedad; y, por otra, el límite máximo de remuneración anual aprobado por la junta no afectaba a la retribución por la prestación de funciones ejecutivas. Por tanto, era el propio consejo (con una mayoría de votación reforzada) quien acordaba este importe con el consejero ejecutivo, sin verse condicionado por el límite máximo fijado por la junta.

El Tribunal Supremo no comparte esta interpretación y entiende que la expresión “administradores en su condición de tales” engloba todas las funciones del administrador (incluidas las ejecutivas) y no solo las que son indelegables. Considera que una interpretación del régimen de retribución como la realizada por la Audiencia Provincial supone, como reconoce la propia sentencia recurrida (SAP Barcelona (secc.15) de 30 de junio de 2019, nº 259/2019), “comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel jugado por la junta general”. No “parece razonable que, siendo la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de previsión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en la fijación de la cuantía máxima, sino que, además, los criterios establecidos en el art. 217.4 TRLSC [esto es, el principio de proporcionalidad de la retribución] no le sean aplicables”.

Concluye el Tribunal Supremo que el sistema de retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas, tras la reforma de la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles:

1. Estatutos sociales, que deben fijar el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este último caso, los sistemas de retribución de los administradores “en su condición de tales” (por todas las funciones que realizan, incluidas las ejecutivas). Apunta, sin explicar su alcance, una flexibilización del principio de reserva estatutaria.
2. Acuerdos de la junta general que, entre otros, fijarán el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, que permanecerá vigente mientras no se apruebe su modificación. La remuneración por el ejercicio de funciones ejecutivas debe computarse a efectos de este límite.
3. Decisiones de los administradores que acordarán la distribución de la retribución entre los distintos administradores. Cuando exista un consejero ejecutivo, su contrato con la sociedad, que aprobará el Consejo, concretará los distintos conceptos retributivos que le corresponden dentro del marco estatutario.