

# Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil.

---

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael.

Nº de Sentencia: 98/2018

Nº de Recurso: 3574/2017

Jurisdicción: CIVIL

ECLI: *ES:TS:2018:494*

El sistema de remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos debe constar en los estatutos sociales

Cabecera

REGISTRO MERCANTIL. Impugnación de la calificación del registrador que denegó la inscripción de un precepto de los estatutos sociales referido a la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos. Desestimación de la demanda. El TS declara que, tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo por la Ley 31/2014, la exigencia de previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración afecta a todos los administradores, sean o no consejeros delegados o ejecutivos. La relación entre los arts. 217 a 219, de una parte, y 249 LSC, de otra, es de carácter cumulativo no alternativo. El régimen remuneratorio general se contiene en los arts. 217 a 219, aplicables a todos los administradores. El art. 249 contiene las especialidades aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario».

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación de la calificación negativa del registrador. La AP Barcelona revocó la sentencia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el registrador, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

Texto

CASACIÓN núm.: 3574/2017

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 26 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 295/2017 de 30 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio verbal 746/2015 del Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona, impugnación de la denegación de inscripción en el Registro Mercantil de la cláusula estatutaria sobre retribución de los administradores.

El recurso fue interpuesto por D. Darío, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Gloria Teresa Robledo Machuca y bajo la dirección letrada de D. Vicente Guilarte Gutiérrez.

Es parte recurrida Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L., representada por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Mercedes Caral Pons.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L., interpuso demanda de juicio verbal de impugnación de la calificación negativa del Registrador Mercantil D. Darío, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que, estimando la presente demanda, revoque por falta de fundamento legal la nota de calificación del Registrador mencionada en lo que hace al tercer defecto advertido en su nota y, subsanados los otros defectos, se declare la inscribibilidad en el Registro Mercantil de Barcelona de la redacción dada en la escritura mencionada al artículo 19 bis de los estatutos, en la hoja del Registro Mercantil de Barcelona abierta a la sociedad demandante, librando el oportuno mandamiento al Registrador Mercantil por duplicado, para que proceda a su inscripción».

2.- La demanda fue presentada el 10 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona, fue registrada con el núm. 746/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada, señalándose eM7 de noviembre de 2015 para la celebración de la vista del art. 440.1 LEC.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Verónica Cosculluela Martínez-Galofre se personó en representación de D. Darío en calidad de demandado y compareció al acto de la vista, en la que contestó la demanda.

4.- El Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona dictó sentencia 241/2015 de 27 de noviembre, que desestimó la demanda.

### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L. La representación de D. Darío, se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 254/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 295/2017, de 30 de junio, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3, S.L., contra la sentencia de 27 de noviembre de 2015, que revocamos íntegramente, En su lugar, estimamos la demanda interpuesta por Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3. S.L., contra el Registrador Mercantil Don Darío, de impugnación de la calificación negativa de 4 de agosto de 2015 de la escritura pública de 3 de agosto de 2015 del notario Joaquín María Crespo Candela (número de protocolo 2843), que se revoca. Sin imposición de las costas del recurso ni las de la primera instancia. Con devolución al recurrente del depósito constituido».

### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Verónica Cosculluela Martínez Galofre, en representación de D. Darío, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.-Al amparo del art. 477.3 LEC., por infracción de los arts. 217 y 429 de la Ley de Sociedades de Capital».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de noviembre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.-** *Antecedentes del caso*

1.- Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS>3 S.L. interpuso una demanda de impugnación de la calificación del Registrador Mercantil que denegó la inscripción del siguiente precepto de los estatutos sociales:

«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 encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital».

2.- La calificación negativa del Registrador se sustentó en tres defectos subsanables, de los que solo se impugna el tercero, que tenía este contenido:

«Artículo 19 bis: dado que determina la no retribución del cargo de administrador, la regulación recogida a continuación, en cuanto permite al consejo de administración establecer remuneración para los consejeros ejecutivos para el ejercicio de las funciones ejecutivas, sin acuerdo de junta ni necesidad de previsión estatutaria, vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, dado que tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores, son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, ya sea en (a constitución de la sociedad o en las ulteriores modificaciones de los mismos, cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración (artículos 22 d, 23 e), 217, 218, 219 y 285 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 2003, 18 de junio de 2013, 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014 y 12 de marzo de 2015, entre otras».

3.- La demandante alegó que la resolución del registrador no respetó las modificaciones introducidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC) por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, e infringió los artículos 217 y 249 TRLSC. La tesis sostenida en la demanda consiste en que este cambio normativo implica que nuestro Derecho positivo consagra la admisibilidad de la dualidad retributiva respecto de los administradores sociales. Según la demandante, el artículo 217 TRLSC dispone que, si los estatutos establecen que el cargo de administrador sea remunerado, deberán determinar el sistema de remuneración y especificar los conceptos retributivos a percibir por los administradores «en su condición de tales». Por el contrario, en el caso que alguno de los miembros del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas, se debe aplicar el artículo 249 TRLSC, por lo que basta con que se suscriba un contrato con las cautelas establecidas en los apartados tercero y cuarto del citado precepto. Por esta razón, la remuneración de estos consejeros no estaría sujeta a los estatutos y al acuerdo de la junta general.

4.- *La sentencia del Juzgado Mercantil desestimó íntegramente la demanda.* Consideró que la cláusula vulnera el principio de reserva estatutaria, «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 los artículos 285 y siguientes del citado texto legal)».

5.- La sociedad demandante apeló la sentencia del Juzgado Mercantil. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Tras analizar las modificaciones introducidas en la regulación de la retribución de los administradores sociales en el TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (LA LEY 18457/2014), y explicar las tesis contrapuestas que existían sobre la interpretación de los nuevos preceptos legales, optó por la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN), para quienes la nueva regulación consagra una dualidad de regímenes retributivos; uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta previsto en el artículo 217.3 TRLSC; y otro para los consejeros ejecutivos, que quedaría al margen del sistema general del artículo 217 y que se regula en el artículo 249.3 TRLSC.

Como conclusión de lo anterior, «la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general».

La Audiencia Provincial afirmó también en su sentencia:

«Somos conscientes que el cambio legal puede comprometer la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo, sobre todo en las llamadas sociedades cerradas que pueden buscar la forma de administración mediante un órgano colegiado y consejero delegado con la finalidad de eludir los controles de la junta».

Por último, la sentencia hacía referencia a la doctrina establecida en varias resoluciones de la DGRN dictadas en los años 2015 y 2016 y reproducía ampliamente la última de ellas, de 17 de junio de 2016, que asumía como fundamento de su decisión.

6.- El registrador mercantil ha recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial y ha basado su recurso en un único motivo.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del recurso de casación*

1.- El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 217 y 249 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

2.- El recurso se desarrolla mediante varios argumentos. Los más relevantes consisten, resumidamente, en que la reforma del TRLSC por la Ley 31/2014 (LA LEY 18457/2014) ha determinado la aplicación cumulativa, que no excluyente, de los arts. 217 y 249 TRLSC. El contrato a que hace referencia el art. 249 TRLSC en sus apartados 3.º y 4.º no obsta la exigencia de la previsión estatutaria de la retribución en los términos establecidos en los apartados 1.º y 2.º del art. 217 TRLSC y que esta se sitúe dentro de la cantidad máxima señalada por la junta general conforme a lo previsto en el apartado 3º del art. TRLSC. Solo de este modo se respetarían las exigencias de transparencia de la retribución de los administradores y la tutela del socio minoritario en las sociedades no cotizadas en las que el órgano de administración adoptara la forma de consejo de administración.

3.- El recurso debe ser estimado por las razones que desarrollamos en los siguientes fundamentos.

#### **TERCERO.-** *La retribución de los administradores sociales antes de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (LA LEY 18457/2014)*

1.- Con anterioridad a la reforma del TRLSC que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (LA LEY 18457/2014), el art. 217 TRLSC regulaba la remuneración de los administradores en estos términos:

«1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

»2. En la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos».

El art. 23.e TRLSC, con ligeras modificaciones de redacción desde la entrada en vigor de dicho texto refundido hasta el día de hoy, establece que en los estatutos sociales se expresará el sistema de retribución de los administradores sociales, si la tuvieren.

Los arts. 218 y 219 TRSLC regulaban las especialidades de la remuneración consistente en la participación en beneficios, tanto en sociedades limitadas (primer párrafo del art. 218) como en sociedades anónimas (segundo párrafo del art. 218), y de la remuneración mediante la entrega de acciones (art. 219).

Con anterioridad a la refundición llevada a cabo por el TRLSC, la cuestión se encontraba regulada en los arts. 130, con relación al 9.h, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

2.- La jurisprudencia de este tribunal había declarado 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 favorecer la máxima información a los socios para facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia especialmente sensible. Pese a la concurrencia de intereses propia de la sociedad mercantil, pueden surgir ocasionalmente conflictos entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible, de la sociedad en minorar los gastos y de los socios en maximizar los beneficios repartibles.

Este criterio legal, que persigue que sean los socios, mediante acuerdo adoptado en la junta con una mayoría cualificada, quienes fijen el régimen retributivo de los administradores sociales, y que en todo caso los socios, lo fueran o no al tiempo en que esta decisión fue adoptada, estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en cuya memoria deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad.

Así lo hemos declarado en la sentencia 708/2015, de 17 de diciembre, y en las que en ella se citan.

3.- Por tanto, dentro de este sistema de retribución de los administradores sociales, lo que se ha venido en llamar la «reserva estatutaria» o «determinación estatutaria» ha desempeñado un papel importante.

En la sentencia 505/2017, de 19 de septiembre, afirmamos que la necesidad de su determinación estatutaria era un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico. Los arts. 130, en relación con el art. 9.h, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, y el art. 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, exigían la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que fuera necesaria la concreción de una cuantía determinada.

La junta general de la sociedad limitada podía fijar la cuantía de la retribución cuando esta consistía en el pago de una cantidad fija. Pero, previamente, este sistema retributivo debía estar previsto en los estatutos sociales.

4.- Como consecuencia de la doctrina expuesta, este tribunal consideró que para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social, por lo general mediante la suscripción de un contrato con la sociedad, de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo fuera gratuito según los estatutos, o no ajustada al sistema previsto en ellos, había de resultar probada la concurrencia del «elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa», esto es, por el cargo orgánico de administrador y por el título contractual.

La jurisprudencia consideró que la normativa reguladora de las sociedades mercantiles no discriminaba entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión «societarias», por un lado, y las de ejecución y gestión «empresariales», razón por la cual no se admitía que mediante la celebración de un contrato se remuneraran las funciones ejecutivas del administrador, o de algunos miembros del órgano de administración,

cuando carecieran de apoyo en el régimen legal previsto por la normativa societaria, que concedía un papel primordial a los estatutos sociales y a los acuerdos de la junta general.

Así se afirmó en la sentencia 412/2013, de 18 junio, y en las sentencias que en ella se citan, que sientan la doctrina de lo que se ha venido en llamar el «tratamiento unitario» de la remuneración del administrador.

**CUARTO.-** *La reforma del TRLSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.*

*1.- La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modificó el TRLSC, ha realizado una importante reforma del régimen legal que regula la retribución de los administradores en las sociedades de capital. Este es el régimen aplicable para resolver la cuestión litigiosa, puesto que la modificación estatutaria cuya calificación registral negativa ha sido impugnada se produjo una vez entrada en vigor dicha ley de reforma del TRLSC. El significado y alcance de esta reforma, en lo relativo a la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos de las sociedades no cotizadas, constituye el objeto del presente recurso.*

Los preceptos legales afectados por la reforma, que resultan fundamentales para resolver la cuestión objeto del recurso, son los arts. 217, desarrollado en los dos artículos siguientes, 218 y 219, y 249, todos ellos TRLSC, aunque también han de tomarse en consideración otros preceptos de dicho texto legal, algunos de ellos también reformados y otros no.

2.- El título («remuneración de los administradores») y el primer apartado («el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración») del art. 217 TRLSC mantienen su redacción original, salvo que el término original «retribución» ha sido sustituido por «remuneración».

Pero el apartado segundo recibe una redacción completamente nueva, y se añaden dos apartados nuevos, el tercero y el cuarto. Quedan redactados de la siguiente forma:

«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 estuviese 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».

3.- El art. 218 desarrolla el tercero de los conceptos retributivos previstos en el art. 217.2, consistente en la remuneración mediante participación en beneficios. Como regulación común a sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, establece en su apartado primero la trascendencia de los estatutos sociales y del acuerdo de la junta general, al prever:

«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».

En sus apartados segundo y tercero, en términos que no difieren sustancialmente de la anterior regulación, el precepto establece requisitos específicos para las sociedades 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») y para las sociedades anónimas («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»).

4.- El art. 219 desarrolla otro de los conceptos retributivos previstos en el art. 217.2, consistente en la remuneración en acciones o vinculada a su evolución, que es aplicable únicamente a las sociedades anónimas.

Su redacción, en lo que aquí interesa, no difiere sustancialmente de la que tenía antes de la reforma. En el apartado primero establece que este sistema de remuneración deberá preverse expresamente en los estatutos y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general. En el apartado segundo prevé el contenido que ha de tener el acuerdo de la junta general: determinar el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio, 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.

5.- El art. 249 TRLSC también ha sido reformado. La nueva redacción de los apartados tercero y cuarto tiene especial importancia en la cuestión objeto de este recurso.

El primer apartado del artículo ha sufrido alguna modificación en su redacción, y prevé, en lo que aquí interesa, que cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o

varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, en cuyo caso deberá establecer el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

El anterior apartado segundo, que establecía las facultades indelegables, ha pasado, con nueva y más extensa redacción, a constituir el nuevo art. 249.bis TRLSC.

El anterior apartado tercero del art. 249 TRLSC ha pasado, tal cual, al actual apartado segundo, que establece la mayoría necesaria en el consejo para aprobar la delegación y su carencia de efectos hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Los nuevos apartados tercero y cuarto del art. 249 TRLSC, que, como se ha dicho, tienen una especial relevancia en la cuestión objeto del recurso, tienen la siguiente redacción:

«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».

**QUINTO.-** *La tesis de la Audiencia Provincial y de la DGRN sobre la significación de la reforma*

1.- La sentencia recurrida se hace eco de la polémica existente respecto del alcance y significado de la reforma operada en el régimen legal de la remuneración de los administradores sociales y, en concreto, en la cuestión de la llamada «reserva estatutaria», con relación a las sociedades no cotizadas.

2.- La Audiencia Provincial, que reconoce el carácter controvertido de la cuestión y las dificultades que entraña pronunciarse sobre la misma, considera más acertada la tesis sustentada (con distintos matices) por un sector significativo de la doctrina científica y por la DGRN.

Esta doctrina puede resumirse en lo que afirma la resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016, (LA LEY 84163/2016) que la Audiencia Provincial hace suya y reproduce para reforzar su argumentación, y que condensa buena parte de los razonamientos doctrinales que apoyan esa tesis. Dice la resolución en sus apartados tercero y cuarto:

«3. En definitiva, conceptualmente, deben separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

»El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de

administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es 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 esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas 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 (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

»Sin embargo, y aunque no sea el caso del presente recurso, cabe precisar que también en esos supuestos referidos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo -es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa- tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración (Resolución de 10 de mayo de 2016).

»4. De las anteriores consideraciones se desprende que *debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador -con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal- añadida que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato. Y a esta remuneración por el ejercicio de funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales.* Por ello, ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios; previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general» (artículo 249, apartado 4 i.f. de la misma Ley)».

3.- Para alcanzar estas conclusiones, los defensores de esta tesis han resaltado, como extremos fundamentales de la reforma, la utilización de la expresión «administradores en su condición de tales» en los nuevos apartados segundo y tercero del art 217 TRLSC, y la exigencia de que se celebre un contrato entre la sociedad y los consejeros delegados o ejecutivos, que sea aprobado por el consejo de administración y en el que se detallarán todos los conceptos por los que puedan obtener una retribución por el

desempeño de funciones ejecutivas, que se contiene en los apartados tercero y cuarto del art. 249 TRLSC.

**SEXTO.-** *Significado de la reforma. La reserva estatutaria del sistema de remuneración y el contrato concertado con los consejeros delegados o ejecutivos*

1.- Este tribunal no comparte las conclusiones que la Audiencia Provincial alcanza sobre el significado de la reforma que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha realizado en el régimen legal de la remuneración de los administradores sociales. Consecuentemente, tampoco comparte la doctrina que ha establecido la DGRN sobre esta cuestión.

2.- Habida cuenta de las circunstancias que concurren en la polémica acerca del alcance de la reforma y de la significación de los nuevos preceptos legales, *debe recordarse que la interpretación de tales preceptos legales ha de realizarse mediante los instrumentos de interpretación que establece el art. 3.1 del Código Civil, esto es, «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».*

Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, «el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática». Tanto más cuando la invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer (aunque cuando se invoca la *mens legislatoris* se obvian las finalidades manifestadas expresamente en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre), sino a las intenciones de quienes han intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propiamente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial, la normativa societaria, y en atención a la finalidad expresada en la ley.

3.- Como primer argumento, no consideramos que el art. 217 TRLSC regule exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, y que la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos esté regulada exclusivamente por el art. 249.3 y 4 TRLSC, de modo que la exigencia de previsión estatutaria no afecte a la remuneración de estos últimos ni se precise acuerdo alguno de la junta general en los términos previstos en el art. 217 TRLSC.

El art. 217 TRLSC sigue regulando, como indica su título, la «remuneración de los administradores», y su apartado primero exige que los estatutos sociales establezcan, si no se quiere que el cargo sea gratuito, el carácter remunerado del mismo y determinen el sistema de remuneración del «cargo de administrador». El precepto no distingue entre distintas categorías de administradores o formas del órgano de administración. En concreto, cuando se trata de un consejo de administración, no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos.

Por tanto, este precepto exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, cuestión objeto de este recurso, para todo cargo de administrador, y no exclusivamente para una categoría de ellos.

4.- Tampoco la utilización de la expresión «administradores en su condición de tales» en los nuevos apartados segundo y tercero del art. 217 TRLSC debe interpretarse como han hecho la Audiencia Provincial y la DGRN.

*La condición del administrador, como de forma reiterada ha declarado este tribunal (en el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al interpretar el art. 1.3.C del Estatuto de los Trabajadores), no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas. De ahí que el art. 209 TRLSC prevea, con carácter general, que «es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley».*

Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas.

No encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión.

5.- Cuestión distinta es que en la forma compleja de organización del órgano de administración, el consejo de administración, puedan delegarse algunas de estas facultades, en concreto algunas facultades ejecutivas, en uno o varios de sus miembros.

*Que la ley permita la delegación de algunas de estas facultades (no todas, pues son indelegables en todo caso las previstas en el actual art. 249.bis TRLSC, algunas de las cuales no tienen un carácter propiamente deliberativo) no excluye que se trate de facultades inherentes al cargo de administrador. Pueden ser delegadas justamente porque se trata de funciones propias de los administradores delegantes, inherentes a su condición de tal. Memo dat quod non habet [nadie da lo que no tiene].*

No es correcto, por tanto, circunscribir las facultades propias de los administradores «en su condición de tales» a las que son indelegables en un consejo de administración.

6.- *Por tanto, con la expresión «administradores en su condición de tales» se está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo, esto es, al cargo de administrador que se menciona en el primer apartado del art. 217 TRLSC, y se contraponen a la utilización del término «administradores» por preceptos como el art. 220 TRLSC, referido a las sociedades de responsabilidad limitada, que hace referencia no al cargo, sino a la persona que lo desempeña, pero en facetas ajenas a las propias del ejercicio del cargo de administrador. Mientras que las remuneraciones por el primer concepto han de responder a la exigencia de reserva o determinación estatutaria y a las demás exigencias que establecen el art. 217 TRLSC y los preceptos que lo desarrollan, las remuneraciones (en su sentido más amplio) que el administrador perciba de la sociedad, pero no «en su condición de tal», han de ajustarse al art. 220 TRLSC en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y a las normas reguladoras del conflicto de intereses, con carácter general (en especial, arts. 229.1.a y. 230.2 TRLSC), pero no exigen previsión estatutaria.*

Consecuencia de lo expuesto es que «el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por [...] los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa» que prevé el art. 260.11 TRLSC como una de las menciones de la memoria, incluye las remuneraciones recibidas por los administradores «en su calidad de tales», esto es, en el desempeño

del cargo de administrador, y por «cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores» (como es el caso de las que son objeto del art. 220 TRLSC), siendo en este segundo caso una remuneración por la realización de actividades ajenas a las que son inherentes a «los administradores en su condición de tales».

Si algunos miembros del consejo de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, porque solo en calidad de tales pueden recibir la delegación del consejo.

7.- *La tesis de que el art. 217 TRLSC regula exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, y que la expresión «administradores en su condición de tales» hace referencia a estos administradores que no son consejeros delegados o ejecutivos, no concuerda con el hecho de que la mayoría de los conceptos retributivos del sistema de remuneración que establece el art. 217.2 son los propios de estos consejeros delegados o ejecutivos. Así ocurre con los previstos en los apartados «c» a «g» (participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones por cese y sistemas de ahorro o previsión).*

8.- En concreto, los conceptos retributivos consistentes en la participación en beneficios, desarrollado en el art. 218 TRLSC, y en la remuneración en acciones o vinculada a su evolución, desarrollado en el art. 219 TRLSC, son típicos conceptos retributivos de los consejeros delegados o ejecutivos. La Recomendación C(2009) 3177 de la Comisión Europea considera que la forma de remuneración prevista en el art. 219 TRLSC solo es apropiada para los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Lo hace respecto de las sociedades cotizadas, pero no existen razones para adoptar un criterio distinto en las sociedades no cotizadas.

En ambos preceptos se exige que esa forma de remuneración esté prevista en los estatutos y que la junta general intervenga mediante la adopción de un acuerdo, intervención de la junta que en el caso del art. 218 tendrá lugar cuando los estatutos sociales solo establezcan el porcentaje máximo de la participación en beneficios, y que tendrá lugar siempre en el caso del art. 219 TRLSC, esto es, cuando en los estatutos se prevea una remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

9.- Otro argumento para considerar que la reserva estatutaria prevista en el art. 217 TRLSC para el sistema de retribución de los administradores es también aplicable a los consejeros delegados y ejecutivos lo encontramos en el art. 249.bis.i TRLSC, introducido por la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

Tras prever el art. 249.3 y 4 TRLSC que 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, contrato en que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, *el art. 249.bis.i TRLSC prevé como una de las facultades que el consejo de administración no puede delegar «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» (énfasis añadido).*

*La ubicación del precepto, su referencia no a los «consejeros no ejecutivos», ni siquiera a los «administradores en su condición de tales» (si es que a esta expresión pudiera darse el sentido que sostienen la Audiencia Provincial y la DGRN), sino a los*

*consejeros en general, muestran que la exigencia de reserva estatutaria para la retribución de los administradores se extiende a todos los administradores sociales, incluidos los miembros del consejo de administración y, dentro de ellos, a los consejeros delegados y ejecutivos, respecto de los cuales se adoptan las principales decisiones del consejo relativas a la remuneración de los consejeros.*

10.- Tampoco consideramos aceptable la tesis, sostenida por un sector de la doctrina, de que aunque el art. 217.2 TRLSC no es aplicable a los consejeros delegados o ejecutivos (pues en él se utiliza la expresión «administradores en su condición de tales», que según esta tesis iría referida exclusivamente a los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos), sí lo son los arts. 218 y 219 TRLSC, en tanto que se refieren genéricamente a los administradores, sin más precisiones, y regulan dos formas de retribución típica de los consejeros delegados o ejecutivos.

Y no lo consideramos aceptable porque estos últimos preceptos son el desarrollo de dos de los conceptos retributivos que se prevén en el art. 217.2 TRLSC. Es contradictorio que se afirme que un precepto, el art. 217.2 TRLSC, no es aplicable a los consejeros delegados o ejecutivos, pero que sí lo son los preceptos legales que desarrollan algunas de sus previsiones, como son los arts. 218 y 219 TRLSC, que reiteran la exigencia de reserva estatutaria contenida en el art. 217 TRLSC.

Lógicamente, tampoco es admisible la tesis de quienes sostienen que esos preceptos, al igual que el art. 217, no son aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos, por las razones antes expuestas. Tanto más cuando regulan conceptos retributivos que se aplican de forma típica a estos consejeros, y que carecen de aplicación práctica en el caso de consejeros no ejecutivos.

11.- Conforme al art. 217.3 TRLSC, la distribución de la retribución entre los distintos consejeros se realizará por decisión del consejo de administración «que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero». Si se considera, como hace la sentencia recurrida, que la regulación de la remuneración de los consejeros delegados y ejecutivos es ajena a dicho precepto, puesto que se encuentra exclusivamente en el art. 249 TRLSC, no se entiende qué «distintas funciones y responsabilidades», que no sean las ejecutivas, pueden determinar de manera principal el desigual reparto de las remuneraciones entre los distintos miembros del consejo de administración en las sociedades no cotizadas, a excepción de la presidencia del consejo de administración, lo que no parece suficiente para justificar un precepto de este tenor.

Consideramos que la lógica del sistema determina que los términos del contrato del art. 249.3 y 4 TRLSC constituyen el desarrollo del acuerdo de distribución de la retribución entre los distintos administradores adoptado por el consejo de administración con base en el art. 217.3 TRLSC. Han de enmarcarse en las previsiones estatutarias sobre retribuciones y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores aprobado por la junta general.

12.- Tampoco 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 su cuantía máxima, sino que, además, los criterios establecidos en el art. 217.4 TRLSC no le sean aplicables.

La mayoría de estos criterios solo cobran verdadera trascendencia práctica si se aplican a las remuneraciones de los consejeros delegados o ejecutivos.

13.- Una interpretación del nuevo régimen legal de la remuneración de los administradores sociales como la realizada por la Audiencia Provincial supone, como la propia sentencia recurrida reconoce, 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.

*Estas consecuencias negativas se ven potenciadas por la restricción en el régimen que disciplina la información que los socios pueden obtener sobre este particular, provocada, en primer lugar, por la reforma de los arts. 260 y 261 TRLSA por la Ley 22/2015, de 20 de julio, puesto que no solo se permite que la información contenida en la memoria sobre el importe de la remuneración, de cualquier clase, recibida por los miembros del órgano de administración pueda darse de forma global por concepto retributivo, como ya ocurría antes de dicha reforma, sino que además esa mención de la memoria no está entre las preceptivas en el caso de las sociedades que pueden formular balance abreviado (que son una parte considerable de las sociedades no cotizadas), puesto que se permite que mediante un simple reglamento pueda autorizarse su omisión.*

En segundo lugar, esta restricción de la información que los socios pueden obtener sobre este particular viene también potenciada por la desactivación parcial de la infracción del deber de información como causa de impugnación de los acuerdos sociales que se ha producido en la reforma de los arts 197 y 204 TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

14.- Estas consecuencias no serían coherentes con los objetivos explicitados en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, entre los que estarían «reforzar su papel [de la junta general] y abrir cauces para fomentar la participación accionarial».

Y, especialmente, la tesis de la desaparición de la reserva estatutaria para la remuneración de los consejeros ejecutivos contradice la afirmación del preámbulo de la ley respecto del nuevo régimen legal de las remuneraciones de los administradores sociales: «la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital».

15.- Las previsiones contenidas en los arts. 160.j y 161 TRSLC, o la posibilidad de aprobación por la junta general de una política de retribuciones (arts. 249.4, último inciso, y 249.bis.i TRSLC), no constituyen instrumentos suficientes para conseguir los objetivos expuestos en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en las sociedades no cotizadas.

16.- Como consecuencia de lo expuesto, el sistema diseñado en la TRSLC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles.

*El primero está constituido por los estatutos sociales, que conforme a lo previsto en el art. 217.1 y 2 y 23.e TRLSC han de establecer el carácter gratuito (bien expresamente, bien por no tener previsión alguna al respecto) o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución, que 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 previstos con carácter ejemplificativo en el art. 217.2 TRLSC.*

17.- *El segundo nivel está constituido por los acuerdos de la junta general, a la que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual de los*

*administradores en las sociedades no cotizadas (art. 217.3 TRLSC, primer inciso), sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones, como resulta de los arts. 249.4,II y 249.bis.i TRLSC, que contemplan este acuerdo con carácter eventual («en su caso») en las sociedades no cotizadas, puesto que en el caso de las sociedades cotizadas el acuerdo que establezca la política de remuneraciones es preceptivo (art. 529 novodecies TRLSC). Este límite máximo fijado por la junta «permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación» (art. 217.3 TRLSC, primer inciso).*

Asimismo, salvo disposición contraria en los estatutos, la junta general podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos en materia de retribución de consejeros, y en concreto, de consejeros delegados o ejecutivos (art. 161 TRLSC).

Además de estos acuerdos de contenido más general, los arts. 218.1 y 219 TRSLC prevén también la intervención de la junta. En el primer caso, solo cuando la previsión estatutaria de la participación en los beneficios como concepto retributivo contenga una previsión de porcentaje máximo, en cuyo caso la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

En el caso del art. 219 TRSLC, cuando exista una previsión estatutaria que establezca como sistema de remuneración de los administradores (solo o junto con otros conceptos retributivos) la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas que 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.

18.- El tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores. Salvo que la junta general determine otra cosa, a ellos corresponde, conforme al art. 217.3 TRLSC, la distribución de la retribución entre los distintos administradores, que se establecerá por acuerdo de estos 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.

*19.- Cuando el consejo de administración designe entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas y establezca el contenido, los límites y las modalidades de delegación, la determinación de todos los conceptos por los que estos consejeros puedan 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) ha de realizarse mediante el contrato que necesariamente ha de celebrarse entre el consejero en el que hayan delegado facultades ejecutivas y la sociedad.*

Este contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, El consejero afectado ha de abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado se incorporó como anejo al acta de la sesión.

Así lo disponen los arts. 249.3 y 4 TRLSC.

*La celebración de este contrato no solo permite concretar los distintos conceptos retributivos de la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos (lo que podía*

realizarse mediante un simple acuerdo del consejo de administración), *sino que también se muestra como el medio adecuado de plasmar el consentimiento del consejero delegado o ejecutivo no solo en la aceptación del cargo sino también en su vinculación a los concretos términos retributivos y de toda índole en que se haya negociado su nombramiento, suficientemente desarrollados y detallados.*

La relación entre el consejero delegado o ejecutivo y la sociedad se sustancia no solo por el nombramiento orgánico en un acuerdo de la junta (que le nombra consejero) y del consejo (que delega en él determinadas funciones) sino también mediante un negocio jurídico bilateral en el que pueden detallarse los términos y condiciones particulares conforme a los cuales debe desarrollarse la función de administrar por parte de quien ocupa el cargo de consejero delegado o ejecutivo, completando de esta forma las insuficiencias del estatuto legal del cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato.

20.- El desarrollo y concreción del sistema de retribución de los administradores a través de estos tres niveles ha de realizarse conforme a las exigencias contenidas en el propio TRLSC, ya sean estas de carácter general, como es el caso de los criterios generales contenidos en el art. 217.4 TRLSC (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 y 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), ya sean previsiones más concretas, como son por ejemplo las contenidas en el art. 218.2 y 3 TRLSC respecto de los límites de la retribución consistente en la participación en beneficios.

21.- Por tanto, en las sociedades no cotizadas, la relación entre el art. 217 TRLSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSC no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLSC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219.

La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLSC, de otra) es de carácter cumulativo, como sostiene el recurrente.

*El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones (retribuciones previstas en los apartados «c» a «g» del art. 217.2 y el desarrollo que de algunas de ellas se contienen en los arts. 218 y 219) son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.*

El art. 249 TRLSC contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del

consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSL y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSL cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales.

22.- Aunque alguna de las consideraciones que se han realizado en los fundamentos anteriores sobre la interpretación de determinadas normas del TRLSL pudiera ser discutible aisladamente considerada, la interpretación conjunta del régimen diseñado para regir las remuneraciones de los administradores sociales y, especialmente, *la interpretación sistemática de los arts. 217, 218, 219 y 249 TRLSL, con los demás preceptos citados, teniendo en cuenta las finalidades expresadas en el preámbulo de la ley de reforma, conduce a las conclusiones expuestas.*

23.- Ahora bien, la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria (en este sentido, sentencias de esta sala 180/2015, de 9 de abril, y 505/2017, de 19 de septiembre).

La atribución al consejo de administración de esta competencia supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía «dentro del marco estatutario» a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSL, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSL.

Este ámbito de autonomía, dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir 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.

24.- Por las razones expuestas, la sentencia de la Audiencia Provincial, cuyo rigor y claridad no podemos dejar de subrayar, debe ser revocada, y la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda, debe ser confirmada.

Una cláusula estatutaria como la controvertida, que prevé que «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 encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios», no es conforme al régimen legal de retribución de los administradores

y, en concreto, de los consejeros ejecutivos, tal como ha quedado diseñado en nuestro Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tal como ha resultado interpretado en esta sentencia, puesto que la posibilidad de fijar una retribución para los consejeros delegados es contradictoria con el carácter gratuito del cargo de administrador que se expresa en la cláusula, no se establece sistema de remuneración alguno para los consejeros ejecutivos, es más, se declara que no es necesaria previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, y se excluye expresamente el acuerdo de la junta que fije el importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores por el ejercicio de su cargo.

#### **SÉPTIMO.-** *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, que resulta desestimado en virtud de esta sentencia, pese a su desestimación, no procede la expresa imposición de las costas por concurrir serias dudas de derecho, como resulta de la polémica existente sobre la cuestión y las resoluciones que en un sentido dispar ha dictado la DGRN.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Darío, contra la sentencia núm. 295/2017, de 30 de junio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 254/2016.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L. contra la sentencia 241/2015, de 27 de noviembre, del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.