



# Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas

**Luis Hernando Cebría**

*Profesor titular de Derecho Mercantil.  
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

## Extracto

Entre las cuestiones más relevantes que atañen el derecho de sociedades de nuestro tiempo se encuentran aquellas que afectan a la retribución de los administradores sociales. La prelación normativa contenida en el artículo 217 de la Ley de sociedades de capital da lugar a tensiones entre los distintos intereses implicados, al paso que la legitimidad de la remuneración percibida por los administradores sociales es motivo de frecuentes controversias entre los socios. El presente trabajo aborda críticamente esta materia, con particular énfasis en la protección dispensada a los socios en las sociedades cerradas, como una cuestión tipológica, tras la mayor concreción establecida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Para ello trata de recomponer el sistema legal de remuneración según las diferentes orientaciones dogmáticas y jurisprudenciales y la teleología de las normas que ordenan las competencias orgánicas en la fijación de las remuneraciones de los administradores sociales.

**Palabras clave:** remuneración; administradores; sociedades cerradas.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

**Cómo citar:** Hernando Cebría, L. (2020). Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas. *Revista CEFLegal*, 238, 39-76.





# A deconstruction of the directors' remuneration legal system in privately held companies

Luis Hernando Cebriá

## Abstract

Directors' remuneration is one of the most relevant issues that concern the current company law. The regulation contained in article 217 of the Spanish Companies Act results in tensions among the different interests involved and the legitimacy of remuneration received by the company's directors is the cause of frequent disputes between shareholders. This work critically addresses this issue, with particular emphasis on the protection provided to shareholders in privately held companies, as a typological issue, after the regulation set forth in Law 31/2014, of December 3, amending the Law on Capital Companies for the Improvement of Corporate Governance. To this end, this paper seeks to recompose the legal system of remuneration according to the different dogmatic and jurisprudential guidelines and the teleology of the rules ordering social competences in the setting of the directors' remuneration.

**Keywords:** remuneration; directors; privately held companies.

**Citation:** Hernando Cebriá, L. (2020). Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas. *Revista CEFLegal*, 238, 39-76.



## Sumario

1. La remuneración de los administradores como cuestión tipológica
    - 1.1. La evolución normativa y el influjo del gobierno corporativo: la separación tipológica entre las sociedades cotizadas y las no cotizadas
    - 1.2. La retribución de los administradores en las sociedades cerradas
      - 1.2.1. La gratuidad, los gastos derivados de los negocios a cargo de los administradores y las formas de retribución
      - 1.2.2. La prestación de servicios y obra: relaciones con el Derecho contractual
      - 1.2.3. La doctrina del «doble vínculo»: relaciones con el derecho laboral
  2. La autorización estatutaria de la retribución
    - 2.1. La flexibilidad como panacea y sus límites. En particular sobre los límites de control registral
    - 2.2. La doctrina del «exceso de formalidad»
  3. El papel protagonista de la junta general y la protección de los socios
    - 3.1. Los intereses en liza y los conflictos de interés
    - 3.2. Criterios de legitimidad de la retribución de los administradores
    - 3.3. El interés social y la impugnación de acuerdos abusivos
  4. La posición del órgano de administración
    - 4.1. La remuneración y su incorporación en la formulación de las cuentas anuales
    - 4.2. El deber de diligencia en la determinación de la remuneración
    - 4.3. Infracciones del deber de lealtad
  5. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas

**Nota:** Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER2017-83428-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales el profesor José Miguel Embid Irujo y la profesora María de Lourdes Ferrando Villalba; y en el proyecto de investigación del programa estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad, dentro del plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020 «Transparencia y digitalización en el Derecho europeo de sociedades» (PID2019-105436RB-I00), del que son investigadores principales la profesora Carmen Boldó Roda y el autor.



## 1. La remuneración de los administradores como cuestión tipológica

### 1.1. La evolución normativa y el influjo del gobierno corporativo: la separación tipológica entre las sociedades cotizadas y las no cotizadas

Según el régimen anterior, en las sociedades anónimas los estatutos habían de establecer el sistema de retribución, mientras que en la sociedad limitada además era necesario, cuando la retribución fuera diferente a la participación en los beneficios sociales, que la junta general fijara la retribución para cada ejercicio. De esta forma, mientras que una eventual previsión estatutaria de la retribución adquiría un carácter abstracto en la sociedad anónima, debido a la mayor autonomía de los administradores respecto de la junta general, la mayor vinculación entre ambos órganos en la sociedad limitada exigía que necesariamente esta última quedara encargada de fijar la cuantía de la retribución para cada ejercicio social. En correspondencia, en la sociedad anónima la junta general únicamente podía establecer por vía estatutaria la remuneración del cargo, de acuerdo con el régimen que rige la modificación de los estatutos sociales, y en principio y a diferencia de la sociedad limitada, no le competía la adopción de específicos acuerdos de remuneración. Todo ello daba cuenta de la mayor separación entre la junta general y los administradores en las sociedades anónimas, que también encontraba expresión en la posibilidad de que solo en la sociedad limitada la junta general pudiera intervenir en los asuntos de gestión<sup>1</sup>.

Advertido este distinto régimen según el tipo social, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha

---

<sup>1</sup> Con anterioridad a la reforma, sobre el distinto sistema seguido para el régimen de retribución de los administradores en las sociedades anónimas y en las sociedades limitadas, por todos, Duque Domínguez, (2011, pp. 719-735, esp. p. 728). Desde la perspectiva de la sociedad anónima por ello cobraba sentido que, en la compaginación del legítimo interés de los socios y las expectativas económicas de los administradores, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de febrero de 1993 exigiera la necesidad de imponer una «previsión estatutaria a fin de que los accionistas puedan formarse una idea precisa de la significación de los derechos económicos de los administradores y de su repercusión a la hora de la fijación de los beneficios sociales distribuibles».

supuesto una equiparación entre las reglas de remuneración en las sociedades limitadas y en las sociedades anónimas, mientras que ha configurado un régimen especial para las sociedades cotizadas. En resumen, en ambos tipos de sociedades no cotizadas corresponde a la junta general la aprobación del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores. Por otro lado, en ambos tipos societarios la reforma prescinde de la necesidad de que la junta haya de fijar la cuantía de la remuneración para cada ejercicio social.

En paralelo, como una cuestión de tipología societaria, tras la reforma se advierte un diferente tratamiento de la retribución de los administradores en las sociedades cotizadas, en particular mediante el establecimiento de la competencia de la junta para establecer, al menos trianualmente, la política de remuneraciones de los consejeros (cfr. apdo. 3 art. 529 novodecies TRLSC)<sup>2</sup>. En el resto de sociedades, sin embargo, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Pero, además, en las sociedades cotizadas este singular régimen desarrolla específicas previsiones para la remuneración de los consejeros, además de en las menciones de la memoria, como documento necesario de las cuentas anuales de la sociedad, de forma separada en el «informe anual sobre remuneraciones de consejeros»<sup>3</sup>.

En consecuencia, el régimen de transparencia de las retribuciones concede un mayor espectro informativo al accionista de la sociedad cotizada, habida cuenta de que las informaciones anteriores habrán de someterse a votación, como punto separado del orden del día, en la junta general ordinaria (todo ello según las previsiones del apartado cuarto del artículo 529 novodecies TRLSC)<sup>4</sup>. El panorama actual ha de completarse, bajo la fórmula del *soft law* o derecho blando, con las recomendaciones 56 a 64 del Código de gobierno cor-

<sup>2</sup> A la fecha de redacción del presente trabajo, conviene tener presente, en el actual movimiento de reforma legislativa de las sociedades cotizadas, el proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 que modifica el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, que obedece a la trasposición de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE.

<sup>3</sup> *Vide* la norma undécima del artículo 260 de la Ley de sociedades de capital y el artículo 61 ter de la anterior Ley del mercado de valores, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, además, en su artículo 27 incorpora los principios de buen gobierno corporativo y adecuada gestión del riesgo en relación con las remuneraciones de los ejecutivos. Todo ello en relación con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2010/76/UE, de 24 de noviembre de 2010, respecto de los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y la supervisión de las políticas de remuneración. Con anterioridad, Martín Muñoz (2005).

<sup>4</sup> Acerca de las diferentes posibilidades que presenta el llamado *say-on-pay*, bien como voto vinculante o consultivo de los accionistas en la junta, *ex ante* o *ex post* a la recepción de las remuneraciones, su extensión a los miembros del consejo de administración o también a los altos directivos, y su información individual o conjunta, y sobre la remuneración efectiva o potencial, entre otros aspectos a ser considerados, Barba Fau (2015) y Lozano Reina, Sánchez Marín y Baixauli Soler (2019). Con una perspectiva internacional, asimismo, Boeri, Lucifora y Murphy (2013).

porativo de las sociedades cotizadas de 2015<sup>5</sup>. Asimismo, más recientemente, los artículos 9 bis y ter de la Directiva (UE) 2017/828, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, se ocupan de aquellos aspectos relativos al ejercicio de voto del accionista sobre la política de remuneración y de la información que se le debe facilitar y de su derecho a votar sobre el informe de remuneraciones. En este orden de cosas, la directiva reconoce que la remuneración es uno de los instrumentos esenciales para garantizar que los intereses de las sociedades estén en consonancia con los de sus administradores.

Este distinto tratamiento, además de considerar las distintas posiciones de los administradores en su condición de tales y por las funciones ejecutivas que puedan asumir (cfr. arts. 529 septdecies y 529 octodecies TRLSC), reconoce que en las sociedades cotizadas, por su relevancia para la economía y su función de satisfacción de algunos servicios relevantes, la concepción de una política de remuneración de los administradores ha de ser acorde con la promoción de la sostenibilidad y la rentabilidad de la empresa en el largo plazo. Pero estas orientaciones, en principio previstas desde las normas comunitarias para estas sociedades, sin embargo, también han calado con carácter general en nuestro derecho de sociedades. En tal sentido, la Ley 31/2014 ha incorporado, para todas las sociedades de capital, la exigencia de que el sistema de remuneración establecido deba estar orientado a promover estos criterios y que haya de incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables. Con todo, tales exigencias, con independencia de los acuerdos de la junta general, cobran plena justificación en las sociedades cotizadas, en las que han de ser igualmente considerados y dignos de protección otros intereses distintos de los intereses individuales de los socios, de modo que no resulten disponibles para los accionistas<sup>6</sup>.

## 1.2. La retribución de los administradores en las sociedades cerradas

### 1.2.1. La gratuidad, los gastos derivados de los negocios a cargo de los administradores y las formas de retribución

Esta primera distinción tipológica resulta particularmente acusada en la presunción estatutaria en torno a la remuneración de los administradores sociales. En las sociedades no

<sup>5</sup> Acerca de esta evolución normativa, más detenidamente Cohen Benchetrit (2019, pp. 574-575).

<sup>6</sup> Recogen la diferente problemática en las sociedades cotizadas, con la bibliografía allí citada, Fernández del Pozo (2015, pp. 205-6) y Navarro Frías (2017, versión digital pp. 4-7 y 12), por cuanto a los problemas verticales entre administradores y socios, y no tanto horizontales entre socios, se unen la «restricción por escándalo», la exigencia de una orientación de la retribución acorde con el rendimiento en el largo plazo y el reconocimiento de rendimientos variables.

cotizadas el artículo 217 de la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC) configura la gratuidad del cargo como la regla general que, sin embargo, no excluye la posibilidad, por vía estatutaria, de establecer un sistema de remuneración (cfr. art. 23.e LSC). Por el contrario, y aun cuando la rúbrica del artículo 529 sexdecies de la LSC establece el carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero en la sociedad cotizada, luego su texto invierte la presunción para admitir la disposición contraria de los estatutos.

La remuneración del administrador se ha de entender, desde un punto de vista económico, como una vía que permite incentivar su función de gestión en relación con la actividad y la eficiencia empresarial y, de forma mediata para, a la postre, procurar la maximización del interés social. Con todo, en las sociedades no cotizadas, la gratuidad mantiene su anclaje en la previsión del artículo 1711 del Código Civil, que presume que el mandato, a falta de pacto contrario, es gratuito. No obstante la presunción anterior, cuando el mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo<sup>7</sup>. En tal sentido, la profesionalización del cargo en las sociedades cotizadas ha llevado a considerar la presunción favorable a su retribución, al paso que su necesidad, desde esta consideración, sería predicable como consecuencia del ejercicio de funciones ejecutivas.

En el marco de las relaciones mercantiles también el artículo 277 de nuestro decimonónico Código de Comercio reconoce la obligación del comitente de pagar al comisionista, salvo que se hubiera pactado lo contrario, el premio de comisión, y en su defecto remite al uso mercantil de la plaza donde se cumpliera el encargo. Este criterio, como se verá, puede ser trasladado al moderno criterio de «los estándares de mercado de empresas comparables» a los que se refiere el actual apartado cuarto del artículo 217 de la Ley de sociedades de capital. Pero además, y por ello conviene diferenciarlo de la retribución a la que tenga derecho el comisionista, el artículo 278 del Código de Comercio asimismo obliga al comitente a satisfacer al contado, mediante cuenta justificada, el importe de todos los gastos y desembolsos en que haya incurrido el comisionista. A ello añade el interés legal desde el día de su satisfacción hasta su total reintegro.

Otro tanto cabe reconocer en el marco del derecho de sociedades. Para las sociedades colectivas el artículo 125 del Código de Comercio incluye, entre las menciones de la escritura social de la compañía colectiva, con carácter facultativamente obligatorio, las cantidades anuales asignadas a cada socio gestor para sus gastos particulares<sup>8</sup>. Pero, junto a la retribución que pueda venir establecida en la escritura social, el artículo 142 añade el derecho de los socios al abono de los gastos en que incurran, siempre y

<sup>7</sup> Asimismo, con referencia al artículo 74 de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas de 1951, sobre el carácter normalmente retribuido del cargo, en consideración al carácter retribuido del mandato mercantil, Girón Tena (1952, p. 371).

<sup>8</sup> Acerca del carácter facultativo-necesario de esta disposición estatutaria, Girón Tena (1952, p. 372).

cuando estén inmediata y directamente relacionados con los negocios que la sociedad ponga a su cargo.

Trasladando este tratamiento de las relaciones mercantiles y de las sociedades colectivas a las sociedades de capital, cabe considerar la cuestión tipológica extensible a las sociedades limitadas y a las sociedades anónimas que, además, sean de base cerrada<sup>9</sup>. Como opción de política jurídica, la regulación mantiene, en este punto y en contraposición al carácter oneroso del contrato de comisión, la gratuidad del cargo del administrador, aun cuando no se corresponda con el riguroso régimen de responsabilidad que acompaña al ejercicio del cargo. Todo ello sin perjuicio de la doctrina del vínculo, especialmente relevante en el marco de las sociedades cerradas.

De otra parte, la retribución o la remuneración por el ejercicio del cargo debe ser distinguida de aquellos gastos relacionados con la función asumida en la organización social. En consecuencia, las asignaciones y dietas que les sean reconocidas y que resulten debidamente justificadas, esto es, que no cubran sus «gastos particulares», en los términos empleados por la regulación para las sociedades colectivas, no deben ser reputadas remuneración a estos efectos<sup>10</sup>. Por lo tanto, para su percepción no es necesario que consten en los estatutos sociales como concepto retributivo, en los términos del apartado segundo del artículo 217 de la LSC, por cuanto en puridad no se trata de una remuneración<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Según el tenor literal de la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), «aunque el precepto legal era aplicable para las sociedades limitadas porque los sistemas de retribución eran más reducidos para este tipo social, no por ello la fórmula empleada en el precepto estatutario examinado dejaba de ser inequívoco por el hecho de tratarse de una sociedad anónima que, además, en el presente caso, es de base cerrada y de carácter familiar. La Ley 31/2014 ha sancionado el sistema previsto en los estatutos de la sociedad recurrente».

<sup>10</sup> Apunta la SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 28 de junio de 2019, núm. 336, los «posibles pagos directos o indirectos de gastos, dietas, servicios y otros conceptos asimilables a la remuneración, que pudieran haberse realizado en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta la sentencia, porque tampoco consta que se hayan efectuado –con relación siempre al periodo en el que se aprecia la responsabilidad del demandado– al margen de que la percepción de gastos por el administrador podría estar justificada».

<sup>11</sup> Desde una perspectiva económico-contable, como respuesta a la consulta 1, de 21 de abril de 1995, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ya anticipó que «la retribución de los administradores de una sociedad es un gasto más necesario para poder obtener los ingresos correspondientes de la misma. De acuerdo con lo anterior, la cuenta de pérdidas y ganancias, al recoger todos los ingresos de una sociedad y los gastos en que ha incurrido para su obtención, deberá incluir necesariamente la retribución correspondiente a los administradores al ser esta, como se ha dicho anteriormente, un gasto más de la empresa». Más recientemente, la Resolución de 5 de marzo de 2019 del ICAC (BOE de 11 de marzo), con independencia de su fórmula de cálculo, incluido, por lo tanto, si se vincula a beneficios, en cuyo caso el gasto se habrá de imputar al ejercicio en que se haya devengado el beneficio. En adición a lo anterior, a la consulta 4, el ICAC, en fecha de 9 de abril de 1992, responde que «en relación con las dietas de los consejeros por asistencia a las sesiones del Consejo de Administración, se considerarán gasto del ejercicio en que se devenguen debiendo figurar en la agrupación A.3 "Gastos de Personal" del debe de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, pudiéndose crear al efecto una cuenta dentro del subgrupo 64 del



## 1.2.2. La prestación de servicios y obra: relaciones con el Derecho contractual

No obstante, el carácter gratuito del cargo, como presunción para las sociedades no cotizadas, se ha de cohonestar con el artículo 220 de la LSC respecto de la exigencia de acuerdo de la junta general para el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relación de prestación de servicios o de obra entre la sociedad de responsabilidad limitada y uno o varios administradores. De esta suerte, aquellos administradores que no obtengan una retribución por el ejercicio del cargo, debido a la idea tradicional de gratuidad, por el desempeño de su arte u oficio pueden obtener una retribución por la prestación de un servicio o la realización de una obra para la sociedad. La gratuidad y la correlativa falta de profesionalización en el ejercicio de las funciones de gestión y representación, no obstante el régimen de responsabilidad atribuible al administrador, quedan compensados mediante la autorización para que pueda, a través de esta vía, realizar actividades que resulten de su capacitación profesional.

Con todo, conviene advertir dos limitaciones. En primer lugar, la exigencia de acuerdo de la junta general, en relación con los eventuales conflictos de interés y el deber de lealtad a los que luego se aludirá (cfr. art. 230.2 LSC). No obstante, esta autorización no exige la previsión estatutaria previa, sino tan solo el acuerdo de la junta para su establecimiento o su eventual modificación, lo que flexibiliza esta forma retributiva<sup>12</sup>. Por otro lado, su ámbito de aplicación queda limitado tipológicamente a las sociedades de responsabilidad limitada, lo cual en principio excluiría a las sociedades anónimas de estructura cerrada. Y ello aun cuando la Ley 31/2014 ha dado igual tratamiento jurídico a la remuneración de los administradores en el artículo 217 de la LSC independientemente del tipo social, por lo este régimen resulta de aplicación a todas las sociedades de capital y respecto de todos los administradores<sup>13</sup>.

---

PGC». Todo ello sin perjuicio de que, cuando no se trate de trabajadores, tales gastos sean imputables a la cuenta 623 como servicios de profesionales externos con un contrato de arrendamiento de servicios o, en su caso, en la cuenta 65 como otros gastos de gestión, cuando se trate de una remuneración mercantil en forma de dieta de asistencia. Recogen esta consideración de gasto desde el punto de vista contable, Sánchez Calero (2005, p. 267) y Tusquets Trías de Bes (1998, p. 176).

<sup>12</sup> Para la STS de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730) «ello no excluye la posibilidad de superposición de la relación societaria y otra –que se suele calificar de "mercantil"– de arrendamiento de servicios de gerencia u otra similar, en cuyo caso se ha sostenido que no es aplicable la exigencia de constancia en estatutos a la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador»; que cita las anteriores sentencias de 9 de mayo de 2001, núm. 445; 27 de marzo de 2003, núm. 301; 16 de junio de 2006, núm. 668, y 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954).

<sup>13</sup> Al respecto, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 2013, núm. 4315 (NCR005354) concluye que «no debe servir la previsión estatutaria relativa a la fijación del sistema de retribución o remuneración de los administradores para vaciar de contenido material la reserva estatutaria y dar cobertura a cualquier fijación extraestatutaria de una retribución "complementaria" en contratos celebrados, quizás, en régimen de conflicto de intereses. No sería inscribible una cláusula es-

### 1.2.3. La doctrina del «doble vínculo»: relaciones con el derecho laboral

Junto a las remuneraciones derivadas de la relación de administración, desde el derecho de sociedades, o a la contraprestación por arrendamientos de servicios o de obra, desde el derecho contractual, en las sociedades cerradas es igualmente significativa la incidencia de las relaciones entre los administradores y la sociedad merced al doble vínculo, mercantil y laboral, por las distintas funciones que lleven a cabo en la organización y en su empresa. Dos elementos son relevantes en el entendimiento de esta confusión. En primer lugar, la dependencia del trabajador respecto del empleador, en relación con el deber de independencia que corresponde a los administradores, incluso respecto de la junta general, en términos de responsabilidad, tal y como predica el apartado segundo del artículo 236 de la LSC, que a su vez se ha de enlazar con la figura del administrador de hecho<sup>14</sup>. En segundo lugar, mediante la «absorción» por el derecho de sociedades de la relación laboral cuando sus actividades recaigan en la esfera de la organización, la representación y la gestión de los asuntos sociales<sup>15</sup>.

---

tatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos. Por otra parte, la cláusula concreta que es objeto de recurso, aunque de expresión quizás no del todo feliz, se limita a contemplar la eventualidad de que el administrador realice "otras actividades" que no cabe sino entender que son actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación "inherentes" al cargo de administrador. Por lo tanto, no se está dando cobertura expresa a la celebración de un contrato laboral de alta dirección cuyo contenido se solape a la relación societaria sino contemplando, de manera inocua e innecesaria, el eventual encargo al administrador de ciertos trabajos o servicios particulares y ajenos a los que corresponden a las funciones propias del cargo: la elaboración de un dictamen profesional, la realización de cierta obra, etc. Además, la cláusula se puede entender referida implícitamente a "servicios prestados por los administradores" ex artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital y para cuyo establecimiento o modificación no es suficiente la genérica previsión estatutaria que examinamos, sino la autorización expresa y *ex casu* por la Junta, sin que esa obviedad necesite ser precisada en estatutos».

<sup>14</sup> A este respecto, la STS 26 de diciembre de 2007, Sala de lo Social, unificación de doctrina, núm. 1652/2006 (NSJ026427) destaca «la exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajeneidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante [...]. Pero también puede venir excluida, al amparo del art 1.3 c) ET , por falta de dependencia en el trabajo [...], pero ello solo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (gerente, director general, etc.), dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección». En esta línea se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730) y 10 de febrero de 2012, núm. 25, párr. 28 (NCJ056680), con remisión a la condición de «hombre de paja».

<sup>15</sup> Así, en la STS de 20 de noviembre de 2002, Sala de lo Social, núm. 337. Esta cuestión se reproduce en el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de junio de 2014 sobre el Anteproyecto de ley de Código Mercantil.

Nada obsta, sin embargo, para que el administrador, a la sazón trabajador, pueda desarrollar para la empresa societaria otras funciones distintas de las que caracterizan al administrador «como tal»<sup>16</sup>. En particular, la asunción de funciones ejecutivas, incluso de alta dirección como gerente o director general, pues el «cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección», esto es, ejecutivas, que impiden la ruptura del vínculo en favor de la disciplina laboral<sup>17</sup>. En el trasfondo permanece la necesidad de evitar fórmulas excesivamente flexibles que propicien un *fraus legis* del régimen societario de remuneración de los administradores sociales en perjuicio del resto de intereses concurrentes en la sociedad y de la debida protección de los socios que este régimen pretende dispensar<sup>18</sup>. Se ha de partir, por lo tanto, de una presunción favorable al mantenimiento del vínculo, que admitiría prueba en contrario sobre la base de un «elemento objetivo de distinción entre las actividades precisas debidas por una y otra causa», en tutela de los socios y del régimen de transparencia que exige la normativa societaria<sup>19</sup>.

## 2. La autorización estatutaria de la retribución

### 2.1. La flexibilidad como panacea y sus límites. En particular sobre los límites de control registral

Aun cuando una consolidada línea jurisprudencial considera, a efectos de remuneración, que las funciones de los administradores sociales tienen un carácter prácticamente

<sup>16</sup> SSTS de 24 de abril, núm. 441 (NCJ045954); 27 de abril y 26 de diciembre 2007, núm. 1652/2006; 20 de julio de 2010, núm. 472; 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730), y 25 de junio de 2013, núm. 411 (NCJ057969), entre otras.

<sup>17</sup> SSTS de 26 de febrero de 2018, núm. 98 (NCJ063041); 18 de junio de 2013, núm. 412 (NCJ058146); 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 27 de octubre de 2011, núm. 756 (NCJ056058); 28 de septiembre de 2010, núm. 555, (NCJ053890); 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950); 27 de abril de 2007, núm. 450; 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), y 20 de noviembre de 2002, Sala de lo Social, núm. 337.

<sup>18</sup> Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de junio de 2013, núm. 412 (NCJ058146); 28 de septiembre de 2010, núm. 555 (NCJ053890); 29 mayo de 2008, núm. 448; 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), y 31 de octubre de 2007, núm. 1147 (NCJ039337).

<sup>19</sup> Acerca de la codificación de esta exigencia puede verse el artículo L225-22 del *Code de commerce* francés. En nuestro fuero interno, también las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2015, núm. 708; 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 28 de septiembre de 2010, núm. 555 (NCJ053890), y 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950), puesto que el «tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella –incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad–». Véase igualmente la STS de 12 de enero de 2007, núm. 1392, respecto de la utilización fraudulenta de un contrato laboral del administrador con la sociedad como recurso para la «desviación» del patrimonio social en favor de un socio mayoritario.

omnicomprensivo<sup>20</sup>, con una visión etiológica, en atención a las funciones concretas desempeñadas por el administrador, tanto como trabajador como por prestación de servicios u obra, se podría considerar la concurrencia de hasta un triple vínculo –orgánico, contractual y laboral– con la sociedad. A ello se podría unir el reintegro de los gastos que le sean ocasionados como consecuencia de la realización del encargo conferido, que no le reporten beneficio particular alguno.

La gratuidad del cargo de administrador, sin embargo, no excluye la posibilidad, por vía estatutaria, de remunerar a los administradores sociales como medida que sirva para incentivar su función de gestión en relación con la actividad y eficiencia empresarial (cfr. art. 23.e LSC)<sup>21</sup>. Ello, además, permite que el socio capitalista que comprometa una actividad en la sociedad, en este caso como administrador, reciba una compensación adecuada, de la que carezcan el resto de socios. A fin de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa, en un primer escalón, la regulación exige que los estatutos sociales fijen el sistema de retribución. En tal sentido, el artículo 217 de la LSC impone la constancia del concreto sistema de retribución; bien sea en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, un sueldo mensual o anual, dietas, seguros de vida, planes de pensiones, retribuciones variables, entrega de acciones o derechos de opción; o la combinación de los anteriores, mediante una enumeración legal que no puede considerarse en modo alguno exhaustiva<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Por todas, la STS de 20 de noviembre de 2018, núm. 646 (NCJ063790).

<sup>21</sup> Según la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, el cargo de administrador de las sociedades anónimas era gratuito, salvo que los estatutos fijasen «la retribución». Así, el artículo 74 de la Ley de sociedades anónimas sostuvo que «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos», mientras que en el desarrollo reglamentario, el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre 1956 dispuso que «los Estatutos de las Sociedades Anónimas, para su inscripción en el Registro, deberán expresar: [...] h) Designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración [...], la forma de su retribución, si la tuvieren [...]». Esta reserva estatutaria tuvo reflejo en el artículo 9 de su texto refundido, aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, y en el 130, según el cual «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos», aun cuando el vigente Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en línea con el reglamento anterior, hace referencia, tanto en el apartado tercero de su artículo 124, como en el apartado cuarto de su artículo 185, al «sistema de retribución». Este criterio es el mantenido también en la actualidad en el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, en su artículo 23, letra e), que se refiere al «sistema de su retribución, si la tuvieren», y en el apartado primero de su artículo 217, que recoge los términos del anterior artículo 66 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, cuando dispone que «el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución».

<sup>22</sup> En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 24 abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), con cita de las anteriores de 30 de diciembre de 1992, 31 de julio de 1997 y 21 de abril de 2005 y 31 de octubre de 2007, núm. 1147 (NCJ039337), según la cual debe atenderse «al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad, con motivo de su cese». Contrástese con la mención undécima del artículo 260 de la LSC que exige la inclusión del «importe de los sueldos, dietas y remuneraciones

Pero a falta de una mayor concreción, la regulación confiere una amplia flexibilidad a los estatutos para la elección del sistema de retribución, según un criterio cualitativo<sup>23</sup>. Esta flexibilidad, según resulta configurado el actual régimen, lleva a admitir la validez de la remisión a la anterior configuración legal de la sociedad limitada, de modo que pueden establecer que el sistema retributivo consista en la cantidad que fije la junta general en cada ejercicio, con lo que corresponda a la junta la delimitación del criterio cuantitativo de la retribución<sup>24</sup>. Incluso, alternativamente, los estatutos pueden tan solo fijar unos criterios o líneas básicas de la remuneración de los administradores<sup>25</sup>. Es más, aun cuando no sea esta la intención primigenia del legislador, en nuestro sistema también es dable que los estatutos, como norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad, impongan un sistema retributivo consistente en una cantidad concreta y determinada, lo cual conduce a la aplicación de la «doctrina del milímetro»<sup>26</sup>.

Ahora bien, la flexibilidad que se concede a los estatutos no parece que pueda ser tan amplia que dificulte el control de la regularidad de las retribuciones por parte de los socios<sup>27</sup>. Esto puede tener lugar ante declaraciones ambiguas de autorización al administra-

---

de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección [...] y en el caso de que la sociedad hubiera satisfecho, total o parcialmente, la prima del seguro de responsabilidad civil»; y con el apartado cuarto del artículo 249 respecto de «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».

- <sup>23</sup> Sobre la evolución de un sistema estatutario rígido en la determinación de la retribución de los administradores hacia un sistema flexible, basado en el mero señalamiento del «sistema de remuneración», Farrando Miguel (2008). Así lo reconoce la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), que concede a los «redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema de retribución», y antes las sentencias de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 10 de febrero de 2012, núm. 25 (NCJ056680), y 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954). También la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de abril de 2013, núm. 501 (NCR005356) admite la previsión estatutaria expresa referida a una «pensión vitalicia» para los administradores que lo sean al menos cinco años y alcancen la edad de la jubilación en el ejercicio del cargo.
- <sup>24</sup> Asimismo pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de abril de 2000 (NCR000430), 19 de marzo de 2001 (NCR000667) y 12 de abril de 2002 (NCR000226), que contemplan que los estatutos al menos hayan de fijar unos criterios o líneas básicas.
- <sup>25</sup> Supuesto tratado en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002 (NCR000226) y en la STS de 28 de febrero de 2018, núm. 100.
- <sup>26</sup> Críticamente, acerca de esta necesidad de debilitación cuantitativa en los estatutos sociales, Paz-Ares Rodríguez (2009, pp. 6-7). Reconoce esta posibilidad la SAP de La Rioja, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2016, núm. 130.
- <sup>27</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012, núm. 893 (NCJ056730); 10 febrero de 2012, núm. 25 (NCJ056680); 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950); 31 de octubre de 2007, núm. 1.147 (NCJ039337), y 9 de mayo de 2001, núm. 445.

dor para que, sin sujeción al control de la junta, pueda recibir retribuciones por actividades de gestión, administración y representación de la sociedad que den lugar a la exclusión del vínculo<sup>28</sup>. Esta misma situación es extensible a la remuneración fijada en el contrato de delegación de facultades, pues en este caso el apartado final del artículo 249 de la LSC reclama su adecuación a la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general<sup>29</sup>.

Cuestión distinta, sin embargo, dentro de la flexibilidad reconocida a los estatutos sociales, según nuestros esquemas normativos, será que la actividad registral, dentro del marco de la seguridad jurídica, pueda calificar el contenido estatutario relativo a la decisión de los socios para, por esta vía, concretar la remuneración de los administradores sociales<sup>30</sup>. Esta flexibilidad comprende, igualmente, la decisión en torno a la retribución concreta de cada administrador y del consejero delegado en virtud del contrato que le une a la sociedad, que no tiene, por otro lado, acceso al Registro Mercantil<sup>31</sup>. Sin embargo, ello no debiera impedir que los conflictos entre los socios con motivo de «remuneraciones tóxicas», según se verá, pueda llevar a considerar que su reconocimiento estatutario resulta contrario al interés de la sociedad y a los límites que impone la conjunción del deber de fidelidad del socio mayoritario o de control, particularmente en las sociedades cerradas<sup>32</sup>. Así puede darse cuando los estatutos confieran al órgano de administración, cualquiera que sea la fórmula habilitada para ello, la facultad para discrecionalmente fijar la retribución de sus miembros<sup>33</sup>.

## 2.2. La doctrina del «exceso de formalidad»

Empero, la exigencia de la formalidad de la constancia estatutaria del sistema de remuneración comporta al mismo tiempo una rigidez innecesaria en la conformación de las rela-

<sup>28</sup> En tal sentido, la STS de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730).

<sup>29</sup> Sobre el problema de las remuneraciones aceptadas por la junta y diferidas en el tiempo, como las indemnizaciones por cese o los planes de pensiones, o condicionadas, como las retribuciones variables, Fernández del Pozo (2015, pp. 221-223).

<sup>30</sup> Se pronuncian acerca de la necesaria indicación del concreto sistema de retribución de los administradores de las sociedades de capital en los estatutos sociales, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 18 de junio de 2013, núm. 8160, y 17 de junio y de 26 de septiembre de 2014, núms. 8091 y 11518 (NCR005939)].

<sup>31</sup> La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 2018, núm. 15.834, comentada por Álvarez Royo-Villanova (2018), acoge la flexibilidad registral para interpretar el contenido de los estatutos sociales. Esta postura tiene continuidad en las resoluciones de 8 de noviembre y de 12 de diciembre de 2018, núms. 16317 y 90, comentadas por Ortiz del Valle (2019).

<sup>32</sup> En este punto, la STS de 10 de febrero de 2012, núm. 25, párr. 25 (NCJ057090).

<sup>33</sup> Sobre la necesidad de colocar la flexibilidad estatutaria en la órbita de la epiqueya, esto es, de la relajación de la ley solo para casos especiales, en este caso, cuando la realidad societaria aconseje o incluso reclame su modificación, Embid Irujo (2019, pp. 12 y ss.).

ciones de los administradores sociales con la sociedad. En nuestro derecho de sociedades, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos, esta previsión contractual queda institucionalizada en los pactos organizativos, lo cual no parece plenamente justificado. Como ya reconociera el maestro Girón hace casi 70 años, este sistema resulta excesivamente rígido, al paso que otros medios permiten igualmente garantizar el conocimiento por parte de los socios y de terceros<sup>34</sup>. Así, nuestra jurisprudencia ha aceptado, verbigracia, que la junta pueda modificar los estatutos y aprobar la retribución para ejercicios anteriores en los que no se previera retribución alguna<sup>35</sup>.

También se plantea la admisibilidad, al menos en las sociedades no cotizadas de carácter cerrado, de un acuerdo de la junta general que autorice la retribución, aun cuando los estatutos mantengan el carácter gratuito del cargo, si esta es una situación conscientemente tolerada por todos los socios<sup>36</sup>. Si la cuestión queda circunscrita al ámbito contractual, no cabe duda de que la competencia decisoria de la junta, al igual que en el caso de la prestación de servicio o de obra por los administradores, autoriza el desembolso, por lo cual el administrador, en el otro lado de la relación, conserva una confianza legítima en la validez del acuerdo. Refuerza esta idea la doctrina de los actos propios que vinculan a los socios<sup>37</sup>. Cuestión distinta sería la exigencia *de lege ferenda* de una mayoría ordinaria o cualificada, en línea con la requerida para la modificación de los estatutos sociales, para la adopción del acuerdo, e incluso si en las sociedades cerradas, el consentimiento, expreso o incluso implícito, por tolerancia de todos los socios, podría dar carta de naturaleza a la remuneración del administrador<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Por todos, Girón Tena (1952, p. 372), destaca que la rigurosidad del sistema parece inspirada en el artículo 2389 del *Codice civile* italiano, si bien este permite, alternativamente a la fijación en el acto constitutivo, que la retribución venga establecida por la junta general; en consecuencia, otros ordenamientos no adoptan esta rigurosa fórmula «constitucional», sino que admiten otros medios que permiten igualmente garantizar el conocimiento de socios y de terceros. Con todo, en la actualidad téngase en cuenta que el apartado primero del artículo 2389 del *Codice civile* italiano, tras su reforma por el D.Lgs. de 17 de enero de 2003, n. 6, en vigor desde el año 2004, señala que esta retribución puede quedar establecida en el acuerdo de designación (*all'atto della nomina*) o por otro acuerdo de la junta (*dall'assemblea*), de modo que, cuando no aparezca en el acto constitutivo, será necesario el acuerdo de la junta que lo reconozca y determine su importe.

<sup>35</sup> En la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982).

<sup>36</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2015, núm. 471 (NCJ060406); 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 31 de octubre de 2007, núm.1147 (NCJ039337), y 9 de mayo de 2001, núm. 445.

<sup>37</sup> La STS de 19 de septiembre de 2007, núm. 505 remite a la aplicación del «principio de confianza y de los actos propios, como manifestación del principio de actuación de buena fe, para legitimar la retribución percibida por el administrador durante varios ejercicios sin oposición del socio luego demandante». Asimismo, en la Sentencia de 11 de septiembre de 2015, núm. 471 (NCJ060406)], en atención a los principios de buena fe y a la doctrina de los actos propios. Igualmente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 28 de junio de 2019, núm. 336 y del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 de abril de 2019, núm. 185, FD 2.º.

<sup>38</sup> Véase, en este aspecto, la STS de 18 de junio de 2013, núm. 365, con referencia a la anterior sentencia de 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950), cuando considera que «esta solución no contraría la

Es más, en el caso del alto directivo que asuma una posición formal de administrador, tampoco parece que la falta de mención estatutaria sobre el reconocimiento de un sistema de remuneración impida que la junta general de estas sociedades, siempre con las mayorías necesarias para ello, pueda reconocerle una retribución cuando sus funciones absorban las propias del administrador. En todos estos casos, el riesgo de un exceso de formalismo mediante la exigencia de constancia estatutaria podría frustrar los legítimos derechos adquiridos por el administrador. Por ello conviene volver sobre nuestros pasos para reconocer que la aspiración última de la reforma y del movimiento corporativo tan solo busca establecer el control oportuno por parte de los socios.

Pero también sería posible el supuesto contrario en el que los estatutos establecieran el carácter retribuido del cargo del administrador y el sistema de remuneración y que la junta, sin embargo, no acordara una retribución o que la misma resultara manifiestamente exigua. De este modo, la junta general podría *de facto*, a falta de concreción estatutaria sobre la retribución a percibir, excluir la previsión estatutaria, no obstante las expectativas creadas en el administrador respecto de su retribución. Ello implicaría problemas de impugnación de acuerdos inexistentes y obligaría a desviar la cuestión al plano jurisdiccional, con las dificultades que comporta que los tribunales puedan integrar la falta de voluntad social o su adecuación a los estatutos sociales<sup>39</sup>. Esta dificultad quedaría soslayada si los estatutos fijaran una cuantía determinada para cada ejercicio, que, por lo tanto, en principio debería, dentro de los límites legales, ser respetada por la junta. Pero piénsese también en aquel supuesto en el que los estatutos otorguen a la junta la determinación de la cantidad fija de remuneración para cada ejercicio, en cuyo caso esta dispondría de la discrecionalidad para su otorgamiento según la situación económica de la entidad, por lo cual el cargo podría ser retribuido o gratuito al albur de aquella<sup>40</sup>.

---

finalidad de transparencia e información de los socios sobre el régimen de retribución del administrador, puesto que esa retribución fue plenamente conocida y consentida por todos los socios, y concretamente por el demandante, durante varios años».

<sup>39</sup> Como destaca la SAP de La Rioja, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2016, núm. 130, FD 4.º, «en cuanto al segundo punto del orden del día "vehículos" se debe recordar a la parte actora que lo que está permitido impugnar ante los tribunales son los acuerdos adoptados en el CAD o en la Junta de la Sociedad, y en referencia a tal punto no existe acuerdo alguno adoptado, por lo que no puede ser estimada la demanda en tal sentido».

<sup>40</sup> La STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), en relación con la OM JUS/3185/2010, de 9 de diciembre de 2010 por la que se aprueban los estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada, recoge como opción válida para fijar el sistema de retribución el de la «cuantía fija determinada por la Junta General para cada ejercicio económico» (art. 9.2.º a). Igualmente, entre otras muchas, las sentencias de las audiencias provinciales de Navarra de 17 de enero de 2000, rec. núm. 108/1999; de Madrid, Sección 19.ª, de 27 de abril de 2007, núm. 242; de Sevilla, Sección 5.ª, de 6 de noviembre de 2013, núm. 517, y de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 9 octubre de 2000 (núm. 291), que indica que «teniendo en cuenta la presunción de gratuidad del cargo de administrador [...] la retribución del administrador y el pacto de socios propio artículo 66 de la LRSL, y dado que la Junta no ha establecido esa concreta cuantía de la retribución, obviamente la gratuidad ha de imperar porque los estatutos condicionan la retribución a lo que diga la Junta General».



### 3. El papel protagonista de la junta general y la protección de los socios

#### 3.1. Los intereses en liza y los conflictos de interés

En el núcleo del problema radica la necesidad proteger a los accionistas y a los socios ante la posibilidad de que los administradores puedan decidir su propia retribución<sup>41</sup>. La reforma normativa introducida por la Ley 31/2014, sobre todo en las sociedades anónimas, tiene por finalidad primordial facilitar la máxima información a los socios a fin de potenciar el control de la actuación de los administradores<sup>42</sup>. Al otorgar la competencia a la junta en cualquier tipo de sociedad de capital, la reforma promueve, en la línea de las tendencias comunitarias, la implicación y la promoción de los socios como vía para una correcta formación de la voluntad de la sociedad y una mejor expresión del interés social<sup>43</sup>. Se trata, en todo caso, de una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible y el de los socios en maximizar los beneficios repartibles. En el centro se ubica el interés de la sociedad en la creación sostenible de valor, en este caso en relación con la reducción de los costes de gestión<sup>44</sup>.

A tal efecto el apartado tercero del artículo 217 encomienda a la junta general la determinación del importe máximo cuantitativo de la retribución; pero no exige, de otra parte, su fijación anual, de modo que, en defecto de otro señalamiento, se prorroga en los ejercicios sucesivos. No obstante, la delimitación del importe máximo, como gasto aceptado por la junta para este concepto, no debe impedir que los administradores, dentro de la confor-

<sup>41</sup> Como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730), y 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), su finalidad es «proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión», mientras que la Sentencia de 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950) añade que «se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella».

<sup>42</sup> El apartado VI del preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, destacó la creciente preocupación de los organismos internacionales por que las remuneraciones de los administradores reflejen adecuadamente la evolución real de la empresa y estén correctamente alineadas con el interés de la sociedad y sus accionistas.

<sup>43</sup> Todo ello en relación con el punto 4.10 del informe elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 14 de octubre de 2013, que también advirtió, entre otros asuntos, que la rigidez del sistema de reserva estatutaria impedía el cumplimiento del primero de los objetivos: la «adecuación de los sistemas de remuneración al mercado en que operan y a la situación económica de cada sociedad en cada momento». Ya se pronunciaron antes, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950), y 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730).

<sup>44</sup> Así, en torno a la constancia estatutaria del sistema de retribución y su finalidad, puede verse la STS de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012, párr. 28 (NCJ056730).

mación del órgano y según sus reglas, adopten específicos «acuerdos de distribución de remuneraciones» entre ellos. Esta opción, sin embargo, desplaza la cuestión en torno a la justificación de las funciones y responsabilidades que autoricen tal diferenciación<sup>45</sup>. Pero en este punto, el papel de la junta, a diferencia de la doctrina del exceso de formalismo estatutario en las sociedades cerradas, juega un papel protagonista en el reconocimiento de las remuneraciones y en su legítima percepción por los administradores sociales<sup>46</sup>.

En el fondo, la reforma trata de alinear el derecho a la retribución de los administradores con el interés de la sociedad. Sin embargo, ello entraña ciertas dificultades cuando trata de establecer mecanismos de prevención de un eventual conflicto de intereses de alguno de los participantes en la adopción de las correspondientes decisiones y de garantizar la suficiente transparencia. En tal sentido cobra singular relevancia la posición del socio afectado como administrador en la votación que establezca la remuneración y la aplicación de un eventual conflicto de intereses<sup>47</sup>. Si, en virtud del apartado tercero del artículo 190 de la LSC, tal conflicto no le obligaría a abstenerse en la votación, el problema, como se verá más adelante, se traslada al marco de la acreditación de la adecuación de la decisión al interés social.

Con otro perfil puede resultar igualmente contraria al interés social, verbigracia, la mención estatutaria que deje la determinación del importe de las dietas de las reuniones de los administradores en manos del presidente del consejo o de un tercio de sus miembros, cuando puedan convocar tantos consejos como tengan por conveniente. En todo caso, tal percepción se ha de modular de acuerdo con la previsión de la junta general<sup>48</sup>. El límite infranqueable de la intervención de la junta, según estas pautas de adecuación de la remuneración a las exigencias del mercado y de la empresa, respecto de la transparencia en la información y la conformación del interés social, busca, en definitiva, evitar eventuales

<sup>45</sup> Al respecto, como referente de derecho comparado, el artículo L225-45 del *Code de commerce* francés atribuye a la junta la asignación de la retribución de los administradores, mientras que compete a estos su distribución; si bien, tras el artículo 185 de la Loi n.º 2019-486 de 22 de mayo de 2019, suspende su ejecución ante incumplimientos de las exigencias de proporcionalidad de género en el órgano de administración, hasta la adecuación de su composición.

<sup>46</sup> Según la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), a falta de acuerdo de la junta, no pueden regularizarse ni admitirse las remuneraciones de ejercicios anteriores, y ello aun cuando mediara un pacto de socios, que, por otro lado, no resultaría oponible a la sociedad.

<sup>47</sup> El artículo 190 de la LSC, en su redacción anterior, recogía como un conflicto que impedía al socio de una sociedad limitada participar en la votación el supuesto en el que, siendo al mismo tiempo administrador, el acuerdo se refiriera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Sobre la extensión de su aplicación a las «personas vinculadas» no por la vía de la abstención, sino del fraude de ley o del abuso de derecho, Fernández del Pozo (2015, p. 259).

<sup>48</sup> Sobre este particular, la STS de 28 de febrero de 2018, núm. 100, y la SAP de La Rioja de 8 de noviembre de 2016, núm. 295.

situaciones colusorias entre los administradores en las que cada uno pueda discrecionalmente fijar la retribución de sus colegas<sup>49</sup>.

### 3.2. Criterios de legitimidad de la retribución de los administradores

En correspondencia, la fijación de un sistema estatutario concreto de retribución no puede restringir esta facultad de la junta para decidir el importe máximo de la remuneración. Al mismo tiempo, fórmulas estatutarias excesivamente rígidas en su cuantificación o, *a sensu contrario*, excesivamente flexibles, que trasladen la decisión al órgano de administración, pueden dar lugar a las llamadas «remuneraciones tóxicas», contrarias por lo tanto a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de fidelidad societaria que, en particular en las sociedades cerradas, incumbe al socio mayoritario en el ejercicio de su potestad de control.

En el primero de los sentidos, la imposición de cantidades concretas y determinadas puede resultar contradictoria con los principios generales del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC, que positiviza los criterios dinámicos de la proporcionalidad con la importancia de la sociedad, de la situación económica que tuviera en cada momento y de los estándares de mercado de empresas comparables<sup>50</sup>. Ahora bien, los sistemas de retribución de los administradores no comportan *per se* un abuso de derecho, en cuanto esta doctrina no afecta a su aspecto ontológico, sino que tiene manifestación en el plano teleológico de su ejercicio<sup>51</sup>. De este modo, la referencia al interés social entraña un límite desde el derecho de sociedades que reclama tener presente las circunstancias concurrentes en relación con la situación financiera de la entidad en concreto<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> En torno a las limitaciones para la concesión de remuneraciones excepcionales a los administradores por parte del órgano de administración, con motivo de sus funciones, el artículo L225-46 del *Code de commerce* francés remite a las condiciones exigidas en los artículos L. 225-38 a L. 225-42, en tutela de los socios y de la sociedad. En nuestro fuero interno, Paz-Ares Rodríguez (2008, p. 47) señala que la fijación de retribuciones de otros administradores o ejecutivos son casos típicos de conflicto de interés, que además serían casos mixtos, al confluir decisiones empresariales y conflictos personales, en los que surge un deber de independencia que se ubica entre el deber de diligencia y el deber de lealtad. Añade Fernández del Pozo (2015, p. 235) la dependencia del resto de consejeros «no afectados» respecto del socio mayoritario en las sociedades cerradas. En el ámbito internacional, para una aproximación a las operaciones vinculadas, con inclusión de la *managerial compensation* como técnica de *tunnelling* o de desviación del patrimonio social, Enriques *et al.* (2017) y Enriques (2015).

<sup>50</sup> *De lege lata*, el apartado segundo del artículo 87 de la LSC, relativo al régimen de prestaciones accesorias retribuidas, impide que la cuantía de la retribución exceda del valor de mercado que corresponda a la prestación.

<sup>51</sup> También diferencia ambos planos Ruiz Muñoz (2016, pp. 93 y ss.).

<sup>52</sup> Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2007, núm. 377, y de 24 de octubre de 2006, núm. 1049 (NCJ044773), en relación, entre otros criterios, con «su importe, la situación eco-

Si, de un lado, compete a la junta general determinar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto, de otro, la retribución se ha de «adecuar a las circunstancias económicas de la empresa» en cada momento<sup>53</sup>. Esto puede llevar a la aplicación en el plano contractual de la cláusula *rebus sic stantibus*, por la que la sociedad pueda reclamar al administrador la devolución de la retribución establecida en otro momento en el que existían beneficios y disponibilidad de tesorería<sup>54</sup>. Por otra parte, desde la perspectiva material, resulta necesario ponderar la labor material que entraña el ejercicio del cargo para, desde la apreciación de unos «criterios empresariales objetivos», evaluar la adecuación de la retribución al puesto ocupado<sup>55</sup>.

En consecuencia, el establecimiento de una retribución fija en el tiempo puede que se muestre manifiestamente excesiva en consideración a las funciones del cargo<sup>56</sup>. Por lo tanto, un primer factor a tener en cuenta será el relativo al objeto social, en relación con la empresa y la actividad, que determina, dentro de los fines para los cuales le hayan sido concedidas

---

nómica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido».

<sup>53</sup> El § 87(2) de la *Aktiengesetz* alemana permite que el órgano de vigilancia o la oportuna intervención judicial puedan reducir la remuneración de los administradores cuando la situación económica de la sociedad así lo aconseje. En el caso español, ante la falta de previsión normativa en tal sentido y de un sistema de cogestión, Fernández del Pozo (2015, p. 253) apunta la necesidad de que el socio minoritario provoque la convocatoria de la junta para que trate la adecuación de la remuneración del administrador.

<sup>54</sup> La STS de 24 de febrero de 2015, núm. 64 (NCJ059860) expresamente admite que la «recesión económica puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido». De otro lado, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de septiembre de 2015, núm. 471 (NCJ060406), aun cuando no reconoce el derecho a obtener la remuneración pactada en un mero acuerdo entre socios, apunta el hecho de que «la situación financiera de la compañía es sensiblemente más desfavorable que la existente en el momento de suscribir el acuerdo parasocial (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*)». En este punto, el artículo 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil declara expresamente la inoponibilidad de los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil. Sobre estos aspectos y la posibilidad de que la sociedad pueda eludir el pago de la remuneración ante la falta de tesorería y pese a mediar acuerdo de la junta, Navarro López (2018, p. 1.140). Por otro lado, sobre la extensión del pacto unilateral de retribución a todos los socios y la sociedad, en atención a que los firmantes del pacto eran al mismo tiempo los administradores de la sociedad, en comentario a la STS de 16 de junio de 2014, núm. 306, Ibarra López, A. (2018, pp. 1.119-1.131, esp. p. 1.130).

<sup>55</sup> Así lo advierte la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391 cuando las retribuciones al administrador no coadyuvan a la mejora y continuidad de la actividad empresarial. Acerca de estos aspectos, desde una visión clásica de la materia, Tusquets Trías de Bes (1998, p. 164 y 169).

<sup>56</sup> Al respecto resulta clarificadora la SJM de Valencia núm. 1, de 13 de julio de 2005, núm. 75 (AC. 1300), ante «la escasa entidad de las exigencias de trabajo y tiempo que requiere la administración y explotación, sin que ningún elemento de prueba en contrario se haya depuesto en esta sede judicial, sino también del claro propósito de percepción de beneficios sociales por la vía de retribución».

sus facultades, la función que el administrador ha de desempeñar, como en el singular caso de las sociedades gestoras de activos o de patrimonios<sup>57</sup>. No obstante, la remuneración de los administradores tampoco debe quedar ligada a una participación en los beneficios, a no ser que la previsión estatutaria establezca este criterio de remuneración y el acuerdo de la junta reconozca su importe, según los parámetros predispuestos para cada tipo social en el artículo 218 de la LSC<sup>58</sup>.

En este orden de cosas, el establecimiento de los criterios de proporcionalidad, pensados desde el movimiento de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, requiere la oportuna adaptación a las sociedades de carácter cerrado. Y otro tanto cabría decir, desde una perspectiva tipológica, respecto de las orientaciones hacia la promoción de la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo de la sociedad, la evitación de la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables<sup>59</sup>. Tales referencias programáticas en otros sistemas de derecho comparado parten de «criterios empresariales objetivos»<sup>60</sup>. En nuestro derecho de sociedades la determinación del clásico *quantum meruit* queda reflejado sin embargo en criterios empresariales, en referencia a la razonabilidad de la remuneración, según la importancia de la sociedad, y a su situación económica, y a otros de mercado, en relación con los estándares de empresas comparables<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Sobre la aplicabilidad, con la prudencia necesaria, de los honorarios de los administradores de fincas, se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, y 11 de julio de 2019, núm. 1.371 para la cual «lo relevante, a nuestro entender, es confrontar la retribución, no con el valor de los inmuebles, sino que el total de lo facturado por alquileres. Tenemos en cuenta, además, que la explotación de los inmuebles precisa, fundamentalmente, trabajos de carácter administrativo, no especialmente cualificados, para lo cual la sociedad demandada cuenta con un trabajador a media jornada».

<sup>58</sup> Acerca de la limitación de la revisión judicial de aquellas retribuciones manifiestamente desproporcionadas, por todos, Roncero Sánchez (2016, p. 409).

<sup>59</sup> En este punto, el artículo § 87(1) de la *Aktiengesetz* alemana solo limita a las sociedades cotizadas el criterio de la promoción de la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo.

<sup>60</sup> Desde una perspectiva de justicia material, Gower y Davies (2008, p. 697), en referencia a estos *objective commercial criteria*. Por su parte, el § 87(1) de la *Aktiengesetz* alemana respecto de los principios para la remuneración de los miembros del consejo de administración (*Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder*) y la función asumida por el órgano de vigilancia respecto de la adecuación de la remuneración a la situación económica de la sociedad. En la doctrina alemana, por todos, Fleischer (2005), y tras la promulgación de la *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung* (VorstAG) de 18 de junio de 2009, en Fleischer (2009, p. 802), admite la consideración de otros criterios, como la valoración de las condiciones profesionales, que no personales, del administrador para el desarrollo del cargo. Al respecto, entre nosotros, Recalde Castells y Schönnenbeck (2010) y Navarro Frías (2017, pp. 9-12), con referencia al criterio de proporcionalidad, al juicio de adecuación y a la posibilidad de comparación.

<sup>61</sup> Criterios incorporados al informe de la Comisión de Expertos de 14 de octubre de 2013. Sobre su función de ponderación de la legalidad de la retribución, Navarro Frías (2017, pp. 170-1); y sobre su función objetivadora, en relación con el juicio de proporcionalidad, Cohen Benchetrit (2019, p. 583).

En particular en las sociedades que amparan, como forma subjetiva del ejercicio de actividades económicas, empresas de más reducida dimensión, la abstracción de la norma y la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados requieren su oportuna concreción en la aplicación del derecho<sup>62</sup>. Su acreditación, por consiguiente, reclama una labor probatoria que permita que el juzgador pueda valorar correctamente su incumplimiento. Desde la perspectiva interna de la empresa puede que esta cuestión sea más evidente, en relación con su situación económica<sup>63</sup>. Pero en el marco de las retribuciones fijadas por las empresas del sector exige la presentación de un dictamen pericial, sujeto a contradicción, que incorpore estudios de mercado de empresas de similar magnitud y que actúen, además de en el mismo sector, en el mismo marco geográfico, de modo que se pueda corroborar la comparabilidad de las informaciones<sup>64</sup>.

La comparabilidad, en referencia a las cuentas anuales depositadas, comporta por lo tanto una relevante carga probatoria del perjuicio al interés social, en los términos del apartado tercero del artículo 190 de la LSC, para reflejar la desproporción de la remuneración al administrador. Aun y con todo, el relevante juego de la carga de la prueba que establece esta norma lleva a que la conformidad del acuerdo al interés social corresponda a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto. No se trata, pues, del nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros referidos exclusivamente a la posición del socio en la sociedad, que haga que el que alegue su existencia deba pechar con el *onus probandi*. Aun cuando pueda ser una cuestión discutida, el principio de gratuidad del cargo, junto a las relaciones entre la mayoría y la minoría en las sociedades cerradas, parece decantar la balanza en favor de que sea la sociedad la que acredite la regularidad del pago; también por la disponibilidad

<sup>62</sup> Acerca del proceso de desnormativización legal del concepto de interés social, en este punto, y de la necesaria ponderación de los criterios, atendidas las circunstancias, Navarro Frías (2017, pp. 13-14).

<sup>63</sup> Como establece la STS de 29 de marzo de 2007, núm. 471, tal examen unitario debe tomar en consideración también la situación económica de la sociedad. Siguen esta línea las sentencias de las audiencias provinciales de Madrid, Sección 28.ª, de 31 de mayo de 2012, núm. 172, FD 4.º; y de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 23 de mayo de 2011, núm. 171, FD 7.º. Sobre este particular, por todos, Aparicio González y Cuscó Olivella (2010) y León Sanz (2010).

<sup>64</sup> Parte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 septiembre de 2019, núm. 385, en el caso Uhagon 10, SA, de un informe «exhaustivo y riguroso» en el que figuran «importe neto de la cifra de negocio; importe de los premios concedidos/importe bruto de la cifra de negocios; gasto de personal; gastos fijos de la actividad, resultado de explotación, resultado antes del impuesto de sociedades; y resultado final del ejercicio», que sirven para acreditar que la remuneración «no guarda una proporción razonable con la importancia de la sociedad», «no tiene en cuenta la situación económica en cada momento y no está orientada a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la empresa» y «no incorpora las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables», tratándose, por lo tanto, de «una retribución susceptible de absorber el exiguo beneficio de la sociedad e incluso las reservas si el resultado económico fuera negativo, poniendo en riesgo la viabilidad económica de la empresa».

y facilidad probatoria que recoge el apartado séptimo del artículo 217 de nuestra Ley de enjuiciamiento civil<sup>65</sup>.

Pero además de las dificultades en las sociedades de menor dimensión respecto de la comparabilidad de la información para desvirtuar la legitimidad de las retribuciones, a cuyo efecto se han de tener en cuenta las específicas características de la empresa, el problema adquiere unos rasgos distintivos propios en las sociedades cerradas. La vinculación de los administradores al socio de mayoría, cuando a la sazón actúe como «socio controlador», puede hacer que la remuneración permita el retorno indirecto de la inversión a este socio, o a una persona próxima a él, en detrimento del resto. En consecuencia, la incorporación de este gasto también merma el resultado del ejercicio y, con ello, incluso, puede dejar sin efecto el derecho de separación que reconoce el artículo 348 bis de la LSC en protección de los socios minoritarios<sup>66</sup>. De esta forma, la remuneración de los administradores puede ser utilizada como una vía por la mayoría para ocultar la obtención de las ganancias sociales, con exclusión de un eventual derecho a la distribución entre todos los socios o, *lato sensu*, como mecanismo para perjudicar el valor de su participación en la sociedad<sup>67</sup>.

### 3.3. El interés social y la impugnación de acuerdos abusivos

En tales términos se plantea la impugnación de un acuerdo concreto que sea contrario al interés social en beneficio del administrador (cfr. art. 204.1 LSC)<sup>68</sup>. Esto incluye las remuneraciones reconocidas en los estatutos sociales, cuando tales previsiones resulten contrarias a los principios y criterios relativos a la importancia de la sociedad, la comparativa

<sup>65</sup> Lo consideran un conflicto posicional Fernández del Pozo (2015, pp. 36-7), que llevaría a que la sociedad y el socio que sustenta el acuerdo hubieran de acreditar la «razonabilidad» del acuerdo al interés social, y Megías López (2019, p. 229-230), si bien considera que se debe mantener de forma excepcional la carga de la prueba de la contrariedad con el interés social en el socio que alegue el conflicto.

<sup>66</sup> Con diferentes consideraciones, la STS de 21 de noviembre de 2011, núm. 846, y, entre la jurisprudencia menor, la SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 30 de julio de 1998, núm. 190, FD 5.º.

<sup>67</sup> Al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, párr. 13, en la medida en que «la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital».

<sup>68</sup> La jurisprudencia lo viene pregonando así desde antiguo: la señera sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963 (RJ 3509) recuerda que «la jurisprudencia de esta sala viene cortando los excesos que reiteradamente se vienen cometiendo por los socios mayoritarios, que abusando de su fuerza numérica y de capital absorben los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada a su función»; línea jurisprudencial que es mantenida posteriormente en las sentencias de 29 de enero de 1974 (RJ 334), 17 de mayo de 1979 (EDJ 786), 27 de marzo de 1984 (EDJ 7133), 10 de febrero de 1992 (EDJ 137), 5 de marzo de 2004, núm. 165 (NCJ039912), y 24 de octubre de 2006, núm. 1049 (NCJ044773).

con las retribuciones fijadas por las empresas del sector a sus órganos de administración y su incidencia sobre la rentabilidad y sostenibilidad<sup>69</sup>. En consecuencia, la valoración de las exigencias de la ética social para los socios y los administradores permite reconocer que determinadas remuneraciones pueden ser impugnadas cuando su concesión implique un perjuicio injustificado para la sociedad debido a que el interés social, como interés autónomo de la entidad, impone la exclusión de la búsqueda de un beneficio particular de un socio o del administrador<sup>70</sup>.

El carácter tóxico o abusivo de una retribución, ante el carácter general o abstracto de los criterios del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC, exige que no se deba tratar como una infracción de ley, cuestión que puede hacerse extensible a aquellas decisiones adoptadas por la junta en favor del administrador<sup>71</sup>. Recuérdese que los poderes públicos solo podrán inmiscuirse con carácter excepcional en la vida social cuando exista una clara violación que perjudique los intereses sociales o de los socios en beneficio de terceros o de algunos miembros de la sociedad y en detrimento de los demás<sup>72</sup>. Por otro lado, también se podría pensar en la falta de legitimación del socio que adquiere tal condición con posterioridad al acuerdo por el que la junta decide retribuir al administrador, por lo que puede no haber tenido conocimiento previo de la existencia de la denominada «retribución tóxica». En tal sentido, el rasgo de las sociedades cerradas permite limitar el impacto que la falta de aprobación anual de la remuneración de los administradores pueda tener en los socios, ante la estabilidad de su posición jurídica en la sociedad.

El «control de abusividad», por lo tanto, debe ser enfocado desde la perspectiva de la incidencia de la remuneración tóxica para el interés social, según los principios de propor-

---

<sup>69</sup> Así, la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391 apunta que «la previsión estatutaria de retribución al administrador no resulta suficiente para blindar los acuerdos adoptados por la Junta general, puesto que siempre cabe la impugnación de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros cuando las decisiones de la mayoría no coincidan con los intereses de la sociedad».

<sup>70</sup> La STS de 24 de octubre de 2006, núm. 1.049 (NCJ044773) lo manifiesta en los siguientes términos: «Los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura».

<sup>71</sup> Con todo, Ruiz Muñoz (2016, p. 92) considera que no solo son criterios programáticos, sino de obligado cumplimiento.

<sup>72</sup> Recoge esta postura la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, párr. 12, cuando señala que «la mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social».



cionalidad y de razonabilidad de la remuneración. En todo caso, el control judicial no debe alcanzar a determinar la retribución razonable, sustituyendo con ello la voluntad de la junta general, sino que, en principio, debe limitarse a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad<sup>73</sup>. En definitiva, ha de consistir en un control de mínimos de razonabilidad a efectos de declaración de la nulidad del acuerdo de la junta sobre la retribución del administrador, que permita a la sociedad recuperar el pago indebidamente efectuado<sup>74</sup>.

Con todo, determinados aspectos fundamentales del sistema de retribución sí que pueden contrariar la ley<sup>75</sup>. Tal es el caso de la existencia de una previsión expresa de gratuidad del cargo en los estatutos sociales, que *per se* comporte un acuerdo expreso de los socios y que requiera una modificación estatutaria para autorizar la remuneración<sup>76</sup>. También de aquellos acuerdos que alteren –no en el aspecto registral, como ya se advertido anteriormente, sino en el sustantivo– la competencia de la junta para decidir la cuantificación de la remuneración. Sin perjuicio de la admisibilidad en las sociedades cerradas de acuerdos de junta que reconozcan tal remuneración pese a la falta de previsión estatutaria, igualmente han de ser consideradas infracciones de ley las extralimitaciones de los ámbitos de competencia de los órganos sociales<sup>77</sup>. Así ha de ocurrir necesariamente cuando el sistema de

<sup>73</sup> De nuevo al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357.

<sup>74</sup> Acerca del criterio de la razonabilidad puede verse la STS de 5 de marzo de 2004, núm. 165 (NCJ039912) y, entre la jurisprudencia menor, las sentencias de las audiencias provinciales de Barcelona, Sección 15.ª, de 11 de julio de 2019, núm. 1.371, y de Las Palmas, Sección 4.ª, de 25 de junio de 2019 (núm. 980), de modo que «el hecho de que luego surgieran disputas, y que el apelante quiera legítimamente abandonar la sociedad, no debe limitar el poder de la mayoría de capital para fijar una retribución al administrador coincidente con lo que en el pasado se consintió, pues la pretensión de reducirla se ampara no tanto en las circunstancias económicas (la crisis ya estaba presente en el año 2009 y posteriores), sino en la conflictividad entre los socios».

<sup>75</sup> Tusquets Trías de Bes (1998, p. 168) ya apuntó la diferencia entre la percepción de una remuneración al margen de las previsiones estatutarias como un supuesto contrario a la ley y la fijación de unos emolumentos excesivos, que solamente resultaría contraria al interés social. Sin embargo, ubica la infracción de los criterios del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC como acuerdos contrarios a la ley Fernández del Pozo (2015, p. 225). Por otra parte, Navarro Frías (2017, versión digital pp. 21-22), distingue entre un control de máximos por los tribunales cuando se infrinjan las reglas en materia de retribuciones, y de mínimos o de evidencia, cuando se trate de decisiones discrecionales, que solo pueden ser revisadas en los casos claros.

<sup>76</sup> Sobre este particular se pronuncia la SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de octubre de 2018, núm. 845, FD 3.º.

<sup>77</sup> Distingue también la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357 las extralimitaciones de los ámbitos de competencia de los órganos societarios, que «serían supuestos incluíbles en tal categoría la existencia de retribuciones sin previsión estatutaria, retribuciones al amparo de una previsión estatutaria que no estableciera el sistema de remuneración, o cuando el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores se fijara por órgano distinto de la junta general. En estos casos, la inobservancia de tales normas debe canalizarse como una infracción de la ley» de

remuneración permita a los administradores escapar del control de la junta y superar con ello la fijación del importe máximo de su remuneración anual<sup>78</sup>.

## 4. La posición del órgano de administración

### 4.1. La remuneración y su incorporación en la formulación de las cuentas anuales

La ontología del sistema legal en materia de retribución de los administradores, por lo tanto, queda estructurada en tres niveles o fases: en el primero, los estatutos sociales, en su caso, fijan el carácter retribuido del cargo y el sistema de retribución; en el segundo, la junta general establece el importe máximo de remuneración anual; y en el tercero corresponde al órgano de administración, salvo indicación expresa de la junta, su distribución entre sus miembros, lo cual se extiende al contrato de delegación del artículo 249 de la LSC<sup>79</sup>. No obstante, la teleología del abuso de derecho se ha de entender desde la finalidad de procurar que los socios estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y las compensaciones de todo tipo que perciban los administradores sociales.

Esta preocupación también encuentra reflejo en otros ámbitos informativos, como los que regulan las cuentas anuales, a fin de fomentar la transparencia y lo que se ha venido a llamar una «gobernanza empresarial sana». En este punto, la mención undécima del artículo 260 de la LSC exige la constancia del importe de las remuneraciones del personal de alta dirección y de los miembros del órgano de administración, a fin de cumplir con la aspiración de que los socios puedan comprobar que se ajustan al importe máximo de remuneración anual fijado por la junta<sup>80</sup>. Tales percepciones, sin perjuicio de que puedan constar en con-

---

«otras normas, como son las contenidas en el párrafo 4.º del art. 217 LSC, relativas al principio de proporcionalidad razonable que debe guardar la remuneración de los administradores», de modo que «la positivación del principio de proporcionalidad, en realidad, viene a facilitar el proceso de argumentación de una posible vulneración del interés social en materia de retribuciones».

<sup>78</sup> Acerca de un supuesto de infracción de ley por desplazar la cuantificación de la remuneración al órgano de administración, la SJM de Santander de 14 de noviembre de 2016 (J.O. 490/2014), FD 8.º.

<sup>79</sup> La Ley 31/2014 ha modificado sustancialmente el artículo 249 de la LSC, en particular, en sus párrafos 3 y 4, de modo que exige que el contrato sea conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Contrástese con la solución prevista en el artículo 2389(3) del *Código civile* italiano, que prevé que la decisión sobre la remuneración de los administradores por la asunción de determinados cargos corresponde al consejo de administración, pero que si los estatutos lo exigen, la junta puede determinar el importe del conjunto de la remuneración para todos los administradores, incluso cuando asuman tales cargos específicos, cuyo incumplimiento supone la nulidad del acuerdo.

<sup>80</sup> También la recomendación 35 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores recla-

junto por concepto retributivo, han de seguir los criterios admitidos por los estatutos, con inclusión *lato sensu* de las obligaciones en materia de pensiones o del pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil<sup>81</sup>. En el plano subjetivo, además comprenden los pagos efectuados al personal de alta dirección y a los miembros del órgano de administración, también anteriores, durante el ejercicio objeto de análisis, así como al representante persona física del administrador persona jurídica<sup>82</sup>.

No obstante, esta aspiración informativa encuentra una excepción relevante en las sociedades de pequeña y mediana dimensión, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas en este artículo 260. La información relativa a las remuneraciones no es exigible cuando las sociedades puedan presentar una memoria abreviada en los términos del artículo 261 de la ley<sup>83</sup>. De otro lado, desde una perspectiva tipológica, en las sociedades de responsabilidad limitada, tras la reforma del régimen legal de remuneración de los administradores, la retribución puede no debe ser fijada por la junta general para cada ejercicio social. Ambas omisiones muestran que la aspiración de transparencia de la retribución de los administradores presenta en las sociedades cerradas, donde en principio sin embargo los socios disponen de una mejor posición para la impugnación de acuerdos, relevantes obstáculos desde el punto de vista de la información que los administradores han de dispensar a los socios. Todo ello se ha enmarcar, de nuevo, en los conflictos horizontales entre la mayoría y la minoría que con mayor asiduidad tienen ocasión en estas sociedades<sup>84</sup>.

---

maba que la política de retribuciones aprobada por el Consejo se pronunciara, como mínimo, sobre las siguientes cuestiones: «d) Condiciones que deberán respetar los contratos de quienes ejerzan funciones de alta dirección como consejeros ejecutivos, entre las que se incluirán: [...] iii) Cualesquiera otras cláusulas relativas a primas de contratación, así como indemnizaciones o blindajes por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero ejecutivo».

<sup>81</sup> La mención contemplada en el artículo 260, tras la entrada en vigor de la Ley 22/2015, de 22 de julio, de auditoría de cuentas, se completó con la inclusión en la memoria del pago por la sociedad de la prima del seguro de responsabilidad civil en favor de los administradores sociales.

<sup>82</sup> En respuesta de 3 de diciembre de 1990 a la consulta 1, el ICAC aclara que «la información que se solicita se extiende a todas las percepciones económicas que reciban de la empresa los administradores, cualquiera que sea su motivo, de tal forma que deberían incluirse, además de las dietas, sueldos o remuneraciones que perciban en calidad de administradores, todas aquellas otras que tengan su origen en el desempeño de otros cargos o puestos de trabajo en la empresa o incluso en la prestación de servicios externos a la misma. La Ley señala, además, que dicha información deberá darse de forma global por concepto retributivo. Entendemos que en los supuestos en que los administradores perciban remuneraciones por razones distintas al ejercicio de tal función, deberá proporcionarse información separada, aunque con carácter global, lo cual hará posible interpretar adecuadamente la mencionada información».

<sup>83</sup> *Vide* el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

<sup>84</sup> Fernández del Pozo (2015, p. 239) aboga por dar la oportuna publicidad registral al acuerdo de la junta que fije el importe global de la remuneración autorizada a los administradores, al modo de la inscripción de los reglamentos de la junta o del consejo.

Con todo, la remuneración de los administradores, si bien no con el detalle debido, a diferencia de lo que ocurre, verbigracia, con las operaciones vinculadas y en los anticipos y los créditos concedidos al personal de alta dirección y a los miembros del órgano de administración, pueden ser deducidos de la información contenida en las cuentas, merced al ejercicio del derecho de información del socio. Pero llegados a este punto, la correcta plasmación de la retribución en las cuentas anuales no permite su impugnación, aun cuando los pagos efectuados puedan resultar excesivos en atención a los criterios del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC. Así las cosas, el socio minoritario tan solo podrá, en principio, impugnar el acuerdo por el que la junta establezca la remuneración máxima aceptada para los administradores que, por otra parte, puede haber sido adoptada en fecha muy anterior y, por lo tanto, haber prescrito. Todavía podría el socio acreditar la existencia de un cambio de circunstancias, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, para impugnar una remuneración manifiestamente desproporcionada, pero sin que resulte claro que suponga una afectación del orden público, en relación con sus derechos esenciales, que le autorice instar la impugnación fuera del plazo de prescripción de un año, tal y como impone el apartado primero del artículo 205 de la LSC.

En consecuencia, la existencia de retribuciones excesivas o manifiestamente desproporcionadas, al punto que puedan ser reputadas «tóxicas» para la sociedad, no permite la impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas, en consideración a que estas tan solo sirven para plasmar importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase efectivamente devengados en el curso del ejercicio<sup>85</sup>. Tampoco cuando resulten ilegales, verbigracia, porque no las autoricen los estatutos sociales, siempre y cuando las cuentas anuales se limiten a reflejar la realidad de la retribución. De esta manera, la controversia puede quedar desplazada a la formulación de las cuentas y, en su caso, al acuerdo del órgano de administración que decida su reparto entre sus miembros, pues a los administradores les compete, dentro de sus funciones de gestión, conocer el estado de la empresa social en cada momento y, según su principio de independencia, no aceptar retribuciones que sean manifiestamente ilícitas<sup>86</sup>.

En estos casos, el socio de la minoría también puede impugnar los acuerdos del consejo de administración que reconozcan la retribución de sus miembros cuando no se ajusten a los criterios contenidos en el apartado cuatro del artículo 217 de la LSC. Cabría acudir

---

<sup>85</sup> Acerca de este extremo, la STS de 20 de febrero de 2006, núm. 141 concluyó que «no es este último el mecanismo oportuno para reclamar el abuso cometido, por cuanto las cuentas reflejan fielmente la situación patrimonial de la sociedad», y la Sentencia de 16 de junio de 2006 (RJ 3374) consideró que la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales procede cuando estas sean inexactas o inveraces, pero no cuando, reflejando la realidad, recojan un exceso en las retribuciones. En este mismo sentido, con diferentes consideraciones al respecto, pueden verse las opiniones de Arribas Hernández *et al.* (2009).

<sup>86</sup> Tampoco la aprobación de las cuentas sirve para confirmar *ex post* la legalidad de la concreta retribución de los administradores, como ya advirtieron Llebot Majó (1996, pp. 110-1) y Tusquets Trías de Bes (1998, pp. 137-8 y 141-2).

entonces a la legitimación prevista por el artículo 251 de la ley en favor de los socios de la minoría para la impugnación de los acuerdos del consejo de administración. No obstante, de esta apreciación pronto surgen nuevas cuestiones en torno al derecho de los socios a obtener informaciones del consejo y las certificaciones de sus acuerdos a fin de ejercitar este derecho de impugnación. Además, cuando el órgano de administración no adopte la forma de consejo, sus decisiones no resultarán impugnables por esta vía<sup>87</sup>.

Todo ello nos conduce, por otro lado, a la determinación de la responsabilidad del administrador en dos instancias diferentes<sup>88</sup>: de un lado, al momento del pago efectivo de la remuneración; de otro, al momento de la formulación de las cuentas, no obstante su conocimiento, en ese momento posterior, de su manifiesta desproporcionalidad o irracionalidad. En todo caso, a efectos de prescripción de la correspondiente acción, se habrá de estar al momento en que hubiera podido ejercitarse, según los artículos 241 bis y 251 de la LSC, en relación con su conocimiento por el socio disconforme. Desde un punto de vista procesal, el cauce legal oportuno para reclamar la responsabilidad por esta conducta, si es considerada contraria al interés social, será el de la acción social de responsabilidad, la cual permite reintegrar a la sociedad la remuneración ilícitamente obtenida por el administrador designado por la mayoría<sup>89</sup>. La acción individual de responsabilidad, sin embargo, únicamente resulta exigible frente a los administradores sociales en favor de los socios afectados, pero no de la sociedad en protección del interés social. De ahí la necesidad de conceder al socio mecanismos de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la junta general, como sede natural de su participación en la sociedad<sup>90</sup>.

## 4.2. El deber de diligencia en la determinación de la remuneración

Por todo ello, la acción en estos casos se ha de enfocar no ya desde la impugnación del acuerdo de la junta que fija la retribución o que renuncia a su reclamación, sino que se haya

<sup>87</sup> Por todos, Alcalá Díaz (1992, pp. 155-160).

<sup>88</sup> La SAP de Madrid, Sección 14.ª, de 8 marzo de 2004 (JUR\2004\249420), considera, si bien en referencia a un acuerdo subsanado, que «la vía impugnatoria adecuada era, en su caso, la del ejercicio de la acción de responsabilidad».

<sup>89</sup> La STS de 25 de junio de 2012, núm. 391, párr. 27 admite la acción social de responsabilidad, a falta de otro remedio, para la devolución de la retribución excesiva, por cuanto, como ya ha sido expuesto, no se requiere acuerdo específico de la junta para la fijación de la retribución en cada ejercicio.

<sup>90</sup> Acerca de este aspecto, la SJM de Bilbao de 30 de septiembre de 2019, núm. 385, FD 5.º. Ahora bien, como reconoce la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, en su Sentencia de 11 de julio de 2019, núm. 1371, párr. 23, «no es descartable la responsabilidad del demandado, si bien limitada a la parte de la retribución que pudiera resultar excesiva. En cualquier caso, los demandantes no tienen legitimación para reclamar para sí, pues lo obtenido en la acción de responsabilidad debe reintegrarse al patrimonio social».

de recurrir a la responsabilidad del administrador por el cobro de una retribución desproporcionada en consideración al interés social. A partir de los aludidos deberes de lealtad y diligencia se ha de atribuir a los administradores la responsabilidad por el daño que causen por los actos que lleven a cabo incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Como es bien sabido, la acción social de responsabilidad tiene por objeto la reintegración al patrimonio social de los daños causados a la sociedad, por lo que la legitimación activa «en defensa del interés social» excede del ámbito de la junta general y se extiende a los socios minoritarios con una «participación significativa» e, incluso, en su caso, a los acreedores sociales. Pero para la identificación de este perjuicio, la causación del daño, en relación con el sujeto agente, trae motivo en la decisión de los administradores, según los presupuestos que sustentan su responsabilidad. Así pues, el deber de diligencia del administrador de actuar como un ordenado empresario, del cual es manifestación el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, en atención a su situación financiera, impone un límite añadido en la determinación de la remuneración.

Es más, el sistema deriva, a falta de indicación por la junta, al órgano de administración la distribución de la retribución entre los distintos administradores en consideración a sus funciones y responsabilidades. También la acción en estos casos se puede enfocar no ya desde la impugnación del acuerdo de la junta, sino desde la responsabilidad del administrador por la concesión o el cobro, en su caso, de una retribución desproporcionada. Desde esta perspectiva, la causación del daño, en relación con el sujeto agente, tiene su razón de ser en la decisión de los administradores que la adoptan, incumpliendo así su deber de diligencia, ante la situación económica de la sociedad y por la falta de la ponderación del resto de los criterios que desautoricen la distribución<sup>91</sup>.

En este punto, la protección de la discrecionalidad empresarial de la que podrían gozar los administradores se ve constreñida por el carácter orgánico del cargo. No se trata pues de la contratación de personal a los efectos de un mejor desenvolvimiento de la actividad económica, esto es, de decisiones estratégicas y de negocio, sino que la doctrina del vínculo absorbe las relaciones económicas entre la sociedad y los administradores, considerados como terceros. Esta vinculación además se hace más evidente en las sociedades cerradas merced a la estrecha relación entre socios de control y administradores, respecto de otros modelos de sociedades con «administradores independientes» o desligados del control, que puedan prestar profesionalmente sus servicios a la sociedad<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> Como manifestara la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391, párr. 30, «la retribución fijada no responde a los parámetros de un ordenado empresario y de un representante legal [...]. Esta situación revela sin otras consideraciones que la percepción de esta retribución devenía absolutamente perjudicial para ella, en beneficio propio más allá de lo permisible y de lo que un ordenado empresario podía recomendar, máxime si con ello solo a él se le beneficiaba».

<sup>92</sup> En esta línea, Fernández del Pozo (2015, p. 238), ante la existencia de un conflicto de interés subyacente, y Ruiz Muñoz (2016, pp. 99-100).

### 4.3. Infracciones del deber de lealtad

Junto a la posibilidad de impugnación del acuerdo del consejo por la vía del artículo 251 de la LSC, también cabe la exigencia de responsabilidad por una posible infracción del deber de lealtad<sup>93</sup>. La aplicación de su régimen de responsabilidad específico, tras la Ley 31/2014, permite un mejor amparo de la posición de los socios minoritarios. En el marco de las acciones, estas incluyen la devolución del enriquecimiento injusto del beneficiario, tal y como recoge el apartado segundo del artículo 227 de la LSC, aunque el administrador no haya participado en la decisión, así como el ejercicio de diversas acciones previstas en el artículo 232, de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, de anulación de los actos realizados<sup>94</sup>. El artículo 239 de la ley concede además legitimación directa al socio para el ejercicio de la acción social de responsabilidad<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> También la STS de 9 de septiembre de 2016, núm. 700, FD 6.º (NCJ061801) ha hecho referencia a «la utilización de las retribuciones como instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad que se traducen en decisiones lucrativas de carácter expropiatorio»; mientras que la Sentencia de 13 de junio de 2012, núm. 372, admite que en esos supuestos el administrador social infringe el deber de lealtad y, por tanto, estima la acción de responsabilidad en la que se le exigía el reintegro de tales retribuciones. Entre las sentencias de las audiencias provinciales, para la de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, «cualquier contravención del sistema legal de remuneración acontecido en los dos primeros niveles deberá encauzarse a través del cauce del art. 204 TRLSC. Una vulneración cometida por los administradores además (art. 251 TRLSC) podrá ser objeto de responsabilidad por una posible infracción del deber de lealtad», y para la de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de junio de 2019, núm. 329, FD 4.º, «en caso de conflicto de intereses, está claro que el administrador demandado ha vulnerado dicho deber cuando ha subordinado los intereses de la sociedad a los suyos propios, y no al revés, como sería lo correcto».

<sup>94</sup> Según la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de junio de 2019, núm. 329, FD 4.º, «tal actuación del administrador haciendo prevalecer su interés sobre el de la sociedad, estableciendo su nombramiento como gerente por los motivos expuestos, implica una actuación contraria al art. 220 LSC, y al deber de lealtad regulado en los arts. 227 y ss. LSC por lo que sin necesidad siquiera de entrar a examinar cada uno de los requisitos de la acción de responsabilidad social, es evidente que procede su cesación, remoción de efectos y devolución de lo indebidamente obtenido por el administrador conforme a los arts. 232 y 227.2 LSC. En todo caso, resulta claro en este supuesto que una acción contraria a la ley llevada a cabo por el administrador está en directa relación causal con un perjuicio como es la percepción indebida de una retribución derivada de una relación jurídica nueva entre la sociedad y el administrador que no podía ser establecida por este, concurriendo así los presupuestos o requisitos de la acción social de responsabilidad». En este punto, para la SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 25 junio de 2019, núm. 980, FD 4.º, «evidente ha sido el impacto de la crisis de la construcción en este tipo de sociedades. Aunque objetivamente ha disminuido el patrimonio de OCA, lo cierto es que sigue activa y generando beneficios de explotación. No hay elementos objetivos que justifiquen la subida de la retribución del administrador a 165.666,74 €, pero consideramos que es una postura coherente con la actuación de la entidad el mantenimiento de la cifra de 133.937,72 €, por cuanto fue la cantidad que (pese a no estar prevista en los estatutos) estaban los socios conformes en pagar cuando las relaciones entre ellos eran amistosas, durante un tiempo dilatado».

<sup>95</sup> Todo ello sin perjuicio de su tipificación penal como administración desleal o apropiación indebida, y de su consideración, desde una perspectiva fiscal, como dividendos encubiertos y no deducibles como gasto.

Tampoco resulta óbice para la imputación de esta responsabilidad que la previsión estatutaria del sistema retributivo ampare este acuerdo, ni el sometimiento a las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades, lo cual, en definitiva, no impide reconocer la deslealtad del administrador en la concreta sociedad afectada<sup>96</sup>. Por consiguiente, si el acuerdo resulta lesivo para la sociedad, aun cuando fuera adoptado por la junta, no debe el administrador proceder a su ejecución. A ello cabría añadir el provecho personal que le reporta, y por ello la asunción de la correspondiente responsabilidad, pese a que el acuerdo de la junta o del consejo no haya sido impugnado. Con todo, no parece que los criterios previstos en el apartado cuarto del artículo 217 de la ley, por su carácter indeterminado, puedan sustentar que se trate de una infracción legal, por lo que tampoco cabría aplicar la presunción de concurrencia de dolo o culpa prevista en el apartado primero del artículo 236 de la LSC<sup>97</sup>.

Incluso cabría cuestionarse la existencia de un conflicto de intereses en este punto entre el administrador y la sociedad que exigiera a aquel un deber de abstención, como expresión de su deber de lealtad, en estos acuerdos o decisiones del órgano de administración que fijen su remuneración, en cuanto puedan contradecir el interés social. En este aspecto, el artículo 232 de la LSC ya prevé que en las sociedades de responsabilidad limitada deba pronunciarse la junta general acerca de la autorización para que el administrador pueda mantener con la sociedad una relación de servicios u obra. En otros supuestos, la autorización debe concederse por los administradores no afectados por el conflicto y respetar la inocuidad de la operación para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado, así como la transparencia del proceso. Con todo, la remuneración del administrador, que no ha de pasar estos filtros, y ante el riesgo de las sanciones por deslealtad, puede encontrar en estas medidas un mecanismo tuitivo de su posición que la protección de la discrecionalidad empresarial no le puede proporcionar.

<sup>96</sup> En torno a la obtención de un beneficio propio, la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391 reconoce que «resulta irrelevante que la retribución hubiese sido acordada por una mayoría consciente o inconscientemente desleal para con la sociedad. Además, que el sistema fijado se ajuste a las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades no significa que su aplicación práctica y en el modo de hacerlo se ajuste a las exigencias de la lealtad debida a la concreta sociedad afectada».

<sup>97</sup> Para la STS de 28 de febrero de 2018, núm. 100, FD 13.º, «el acuerdo de fijación de la cuantía de la dieta es acorde con la previsión estatutaria y no puede considerarse que no sea suficientemente determinado. El concepto retributivo (dietas de asistencia) se corresponde lógicamente con la fijación de un importe determinado por la asistencia a cada una de las reuniones del Consejo, y eso es lo que hace el acuerdo impugnado», pero «si se hace un uso abusivo de las convocatorias de reuniones del Consejo de administración, sin otra justificación que el devengo de la dieta, o si los consejeros acuden sin cumplir el deber de diligencia que regula el art. 225 TRLSC y causan un daño a la sociedad, se les podrá exigir la responsabilidad por el daño causado», aun así «no puede tacharse de indeterminado un acuerdo social que fija una concreta cuantía para la dieta por asistencia a la reunión del consejo». Sobre la determinación de las dietas por la junta general puede verse la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 9 de agosto de 2019, núm. 15.546 (NCR009754).



## 5. Consideraciones finales

Al igual que Hevia Bolaño en 1617 titulara su magna obra mercantil *Laberinto de comercio terrestre y naval*, la estructura legal de la remuneración de los administradores sociales se ha convertido hoy en día en un sistema laberíntico, con muy diferentes proyecciones, en su aplicación al caso concreto. En primer lugar, la exigencia de constancia del sistema de retribución en los estatutos sociales incorpora una rigidez al sistema que se compadece mal con las necesidades de flexibilidad, que, por otra parte, ha tendido a aceptar nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina registral en los tiempos más recientes. En consecuencia, una previsión estatutaria del sistema retributivo que ampare, verbigracia a través de un sistema fijo de remuneración, un criterio contrario al interés social, así como basado solo en las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades, podría padecer un exceso de formalismo. Tales previsiones, en definitiva, no impiden reconocer el carácter abusivo de la remuneración en la concreta sociedad afectada, ante la necesidad de ponderar la situación financiera de la sociedad y la labor desempeñada por el administrador con el cumplimiento de sus deberes de diligencia y lealtad, de modo que su percepción no devenga manifiestamente perjudicial para ella.

Por otra parte, esta formulación no resuelve la problemática de la protección de las minorías ante «remuneraciones tóxicas» para el interés social, con particular significación en las sociedades cerradas. Pero tampoco la autorización de «remuneraciones tóxicas» por la junta que contradigan el interés social, en cuanto concepto que ha de orientar las decisiones adoptadas por mayoría y que constituye la piedra angular del sistema de sociedades. A ello se han de unir, además, el deber de fidelidad del socio y los principios generales de la ética social, que imponen unos límites de comportamiento en el ejercicio de la influencia del socio mayoritario sobre los órganos sociales. Desde esta perspectiva orgánica, la remuneración de los administradores, como medida que sirva para incentivar su función de gestión en relación con la actividad y eficiencia empresarial, se ha de justificar, por lo tanto, en su adecuación al interés social.

En todo caso, cabría también diferenciar entre aquellos pagos devengados en consideración a los gastos ocasionados directamente por la función de gestión y representación de los administradores de aquellos otros que, en exceso, quepan ser catalogados como remuneración; como también los que se afectan al desarrollo de sus funciones de aquellos otros que excedan de la actividad característica de su función orgánica, para tener cabida en relaciones laborales o de prestación de servicios o de arrendamientos de obra. Se trata, en consecuencia, de un triple vínculo –orgánico, laboral y contractual–, dable no obstante la *vis atractiva* del primero en caso de confusión, por la independencia del administrador y la especial responsabilidad cualificada inherente a su condición.

Pero a su vez la relación que une al administrador con la sociedad impone considerar su posición respecto de los socios. De este modo, la tolerancia de la retribución puede ge-

nerar una confianza por parte del administrador acerca de la legitimidad de la retribución recibida, aun cuando no cuente con el reconocimiento estatutario formalmente exigido. Desde este perfil, la teleología del sistema, con aplicación de la doctrina de los actos propios, pone el acento en la relevancia de la junta para autorizar la remuneración y en los mecanismos de control de la minoría para, desde su posición jurídica, alinear la remuneración con el interés social.

No obstante, las modificaciones legislativas, tendentes a colocar a la junta en el centro el tablero de las autorizaciones de las retribuciones, no han facilitado que los socios minoritarios de las sociedades cerradas dispongan de mejores herramientas de control *ex ante*. De un lado, la falta de mención obligatoria de la remuneración en la memoria abreviada supone una limitación a las informaciones a disposición de los socios para la ejecución de esta función de vigilancia. De otro, la junta general no debe pronunciarse anualmente de forma expresa sobre el límite de la remuneración, lo cual puede impedir, por la vía de la prescripción de la acción, la impugnación del acuerdo. Además, el mero acuerdo de la junta general que determine el límite de retribución a los administradores sociales puede no resultar en el momento de su adopción *per se* contrario al interés social; pero luego, sin embargo, puede devenir contrario a los criterios dinámicos que establece el apartado cuatro del artículo 217 de la LSC. Tampoco la plasmación de la retribución en las cuentas anuales permite la impugnación del acuerdo de la junta general que las apruebe cuando se ajusten a la representación de los hechos económicos acaecidos durante el ejercicio.

Otras opciones de política jurídica pasarían por reclamar una mayoría reforzada, a imagen de la requerida para la modificación de estatutos, una vez fuera removida la necesaria mención estatutaria, para la aprobación de la remuneración de los administradores. *De lege ferenda* podría también ser útil imponer, de forma separada al resto de asuntos a tratar, el cumplimiento de las exigencias formales requeridas para la convocatoria de las juntas en las que se proponga una modificación estatutaria, aun cuando esta decisión no supusiera modificación alguna de los estatutos sociales. A estos efectos la emisión obligatoria del informe, que al menos para las sociedades anónimas es requerido en el artículo 286 de la LSC, podría servir de justificación de la propuesta, en este caso de fijación del importe máximo de remuneración. Ello contribuiría, en definitiva, a un mejor entendimiento de este supuesto con las reglas del conflicto de interés que prevé el apartado tercero del artículo 190 de la ley, respecto de la adecuación de la remuneración al interés social<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> Entre los objetivos de publicidad, rendición de cuentas, información y transparencia en materia de retribuciones de los administradores, la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, de aplicación exclusivamente a las sociedades cotizadas, también contempla, como alternativa a la votación del informe sobre remuneraciones en el caso de las pequeñas y medianas empresas, que los Estados miembros puedan disponer que el informe sobre remuneraciones del ejercicio anterior haya de presentarse a los accionistas únicamente para su debate



Por otra parte, si esta retribución es concretada por el propio órgano de administración, cabría acudir a la impugnación de los acuerdos del consejo de administración, solución que, sin embargo, no encuentra encaje en otros modos de organizar la administración social. A falta de amparo en las soluciones anteriores, la única vía a la que puede acudir el socio será la de la acción social de responsabilidad, a fin de reintegrar al patrimonio social los daños causados a la sociedad por los incumplimientos del administrador de sus deberes de diligencia y lealtad. Con todo, cuando el acuerdo provenga de la junta y sea lesivo para interés social, a efectos de su reclamación, todavía se ha de mantener la responsabilidad del administrador que lo ejecute, a mayor abundamiento cuando sea en su propio y exclusivo provecho. A tal fin, el administrador no queda protegido por la regla de la discrecionalidad empresarial, por mor del carácter orgánico de la relación, si bien los mecanismos a su disposición para la dispensa del deber de lealtad, con las prevenciones que allí se contienen, podrían otorgar cierta tutela a la percepción de su remuneración.

---

en la junta general anual como punto independiente del orden del día, y si un Estado miembro utiliza esa posibilidad, que la sociedad deba explicar, en el siguiente informe sobre remuneraciones, cómo se ha tenido en cuenta dicho debate en la junta general.

## Referencias bibliográficas

- Alcalá Díaz, M. A. (1992). *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*. Civitas.
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2018). Retribución de administradores y estatutos: Comentario a la Resolución DGRN de 31 de octubre de 2018. *Diario La Ley*, 9.309.
- Aparicio González, M. L. y Cuscó Olivella, M. A. (2010). La retribución de los consejeros en período de crisis financiera. En J. C. Sáez García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez (Coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (pp. 765-784). Civitas-Thomson Reuters.
- Arribas Hernández, A, Veleiro, B., Soler Pascual, L. A., García-Villarubia Bernabé, M., Roncero Sánchez, A. y Valencia García, F. (2009). ¿Es nulo o anulable el acuerdo que aprueba las cuentas anuales reflejando el pago a los administradores de la retribución efectivamente satisfecha pero no amparada en los estatutos? *El Derecho. Boletín de Mercantil*, 13.
- Barba Fau, S. (2015). El say on pay como instrumento de gobierno corporativo. *Revista de Derecho de Sociedades*, 45, 387-429.
- Boeri, T., Lucifora, C. y Murphy, K. J. (Eds.). (2013). *Executive remuneration and employee performance-related pay: a transatlantic perspective*. Oxford University Press.
- Cohen Benchetrit, A. (2019). Responsabilidad social corporativa y retribuciones tóxicas de los administradores sociales: luces y sombras al hilo del artículo 217.4 LSC. En M.<sup>a</sup> B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (Dirs.), *Derecho de Sociedades: Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch.
- Duque Domínguez, J. F. (2011). Situación actual del problema de la remuneración de los administradores de sociedad. En J. C. Sáez García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez (Coord.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Civitas-Thomson Reuters.
- Embid Irujo, J. M. (2019). El problema de la retribución de los administradores: la flexibilidad como panacea. *La Ley Mercantil*, 8, 1-16.
- Enriques, L. (2015). Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal). *European Business Organization Law Review*, 16, 1-37.
- Enriques, L., Hertig, G., Kanda, H. y Pargendler, M. (2017). Related-Party Transactions. En Reinier Kraakman y otros (Dirs.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. (3.<sup>a</sup> ed., pp. 145-170). Oxford University Press.
- Farrando Miguel, I. (2008). La determinación estatutaria y la función de la Junta General en la remuneración de los administradores de las sociedades anónimas. En M. Bacigalupo, C. Gómez-Jara Díez y M. Bajo Fernández (Dirs.), *Gobierno corporativo y Derecho penal* (pp. 255-272). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Fernández del Pozo, L. (2015). El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma. *Revista de Derecho Mercantil*, 297, 199-248.
- Fleischer, H. (2005). Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht. *Deutsches Steuerrecht/Beihefter*, 30, 1.279-1.280.

- Fleischer, H. (2009). Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 21, 801-806.
- Girón Tena, J. (1952). *Derecho de sociedades anónimas*. Universidad de Valladolid.
- Gower, L. C. y Davies P. L. (2008). *Principles of Modern Company Law*. Thompson.
- Ibarra López, A. (2018). Retribución del órgano de administración fijada en sede de pactos parasociales: validez; exigibilidad, impugnación de acuerdos sociales contrarios a los pactos por retribuciones tóxicas y responsabilidad. *Ibidem*.
- León Sanz, F. (2010). La previsión en los estatutos de la retribución de los administradores de las sociedades anónimas. El estado de la cuestión en la doctrina española. En J. M. Salelles Climent, M.<sup>a</sup> J. Guerrero Lebrón y R. Fuentes Devesa (Coords.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil* (pp. 13-32). Tirant lo Blanch.
- Llebot Majó, J. O. (1996). Los deberes de los administradores de la sociedad anónima. En *Estudios de Derecho Mercantil*. Civitas.
- Lozano Reina, G., Sánchez Marín, G. y Baixauli Soler, J. S. (2019). Influencia del say-on-pay como mecanismo de gobierno corporativo en las empresas cotizadas españolas. *UCJC Business & Society Review*, 64, 68-131.
- Martín Muñoz, A. J. (2005). Algunas consideraciones en torno a la remuneración de los administradores de sociedades cotizadas tras la Recomendación europea de 14 de diciembre de 2004. *Revista de Derecho Mercantil*, 257, 1.147-1.168.
- Megías López, J. (2019). El conflicto de interés en las decisiones sobre retribución de administradores. M.<sup>a</sup> T. Martínez Martínez y J. Sánchez-Calero Guilarte (Dirs.), *Nuevas tendencias de Derecho europeo y del Derecho español de sociedades* (pp. 227-234). Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- Navarro Frías, I. (2017). Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial. *Revista de Derecho de Sociedades*, 49, 151-193.
- Navarro López, D. E. (2018). La retribución del administrador y el pacto de socios. En M.<sup>a</sup> B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (Dirs.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital* (pp. 1.135-1.159). Tirant lo Blanch.
- Ortiz del Valle, M.<sup>a</sup> C. (2019). Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre retribución de administradores después de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018: ¿flexibilidad o fragilidad? *Revista Lex Mercatoria*, 11, 89-96.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (2008). Deber de lealtad y gobierno corporativo. En M. Bacigalupo, C. Gómez-Jara Díez y M. Bajo Fernández (Dirs.), *Gobierno corporativo y Derecho penal* (pp. 13-73). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (2009). Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-21.
- Recalde Castells, A. y Schönnenbeck, P. (2010). La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas. *Revista de Derecho Mercantil*, 277, 1.065-1.081.
- Roncero Sánchez, A. (2016). Principales deficiencias de técnica y política jurídica del nuevo régimen sobre retribución de los administradores de sociedades de capi-



tal. En F. Rodríguez Artigas, G. Esteban Velasco, G. y M. Sánchez Álvarez (Coords.), *Estudios sobre derecho de sociedades. Liber amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara* (pp. 399-431). Aranzadi.

Ruiz Muñoz, M. (2016). Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administra-

dores de las sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 46, 53-130.

Sánchez Calero, F. (2005). *Los administradores en las sociedades de capital*. Civitas.

Tusquets Trías de Bes, F. (1998). *La remuneración de los administradores*. Civitas.