

LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL TRAS LA REFORMA DE 2014: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2018

La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018

En una controvertida sentencia de 26 de febrero de 2018, el Tribunal Supremo ha alterado de manera significativa el universo societario español al invalidar repentinamente la interpretación que se entendía pacífica y que venían defendiendo la DGRN y el sector mayoritario de la doctrina del régimen de remuneración de los consejeros de las sociedades de capital. En contra del entendimiento casi unánime de que las disposiciones del art. 217 LSC (reserva estatutaria y aprobación de la junta del importe máximo de retribución) no son de aplicación a los consejeros a los cuales se les atribuyen facultades ejecutivas, quienes solo están sujetos a lo dispuesto en el art. 249 LSC, el Tribunal Supremo afirma que ambos regímenes no son alternativos, sino que deben aplicarse con carácter acumulativo. Por tanto, en la opinión del Tribunal, la remuneración de los consejeros ejecutivos debe estar prevista en los estatutos, ser ajustada a los límites máximos impuestos por los socios, regirse por las reglas establecidas en el art. 217 LSC y siguientes y, además, plasmarse en un contrato que cumpla con todas exigencias de los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC.

The remuneration of the directors of the capital companies after the 2014 reform: about the ruling of the Supreme Court of 26 February 2018

In a controversial judgement of 26 February 2018, the Supreme Court has altered in a significant manner the Spanish corporate universe by suddenly invalidating the interpretation which was considered pacific and which the General Directorate of Registries and Notaries and the majority of the scholars have been defending of the remuneration regime of the members of the board of directors in the capital companies. Against the almost unanimous understanding that the provisions of article 217 of the Spanish Companies Law (statutory reserve and approval by the general shareholders' meeting of the maximum remuneration amount) do not apply to those directors which have been vested with executive faculties, who are only subject to the rules of article 249 of the Spanish Companies Law, the Supreme Court affirms that both regimes are not alternative but rather that they should be applied in a cumulative way. Thus, in the opinion of the Court, the remuneration of the executive directors must be contemplated in the bylaws, adjusted to the maximum limitations imposed by the shareholders, abide by the rules set forth in article 217 of the Spanish Companies Act and, in addition, be captured in an agreement which complies with the requirements of sections 3 and 4 of article 249 of the Spanish Companies Act.

PALABRAS CLAVE

Ley 31/2014, remuneración de administradores, consejeros ejecutivos, consejeros delegados, reserva estatutaria.

KEY WORDS

Law 31/2018, remuneration of directors, executive directors, chief executive officers, statutory reserve.

Fecha de recepción: 15-1-2018

Fecha de aceptación: 15-5-2018

BREVES APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DE REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY 31/2014

Aunque no sea el objeto del presente foro, conviene exponer al lector unas muy breves pinceladas sobre la evolución del régimen de remuneración de los administradores en los últimos años con el fin de que entienda mejor el contexto jurídico en el que se plasma la sentencia aquí comentada (Sentencia n.º 98/2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, en adelante, la «Sentencia» o la «STS»).

Antes de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, la «Ley 31/2014»), existieron varias tesis acerca del régimen legal aplicable a la remuneración de los administradores de las sociedades de capital y, en especial, en relación con

el sistema retributivo de los consejeros delegados o ejecutivos.

En un primer momento se entendió generalmente admitido que un consejero ejecutivo pudiese percibir una remuneración adicional a la establecida estatutariamente para todos los administradores (que también le correspondía) en virtud de un contrato negociado entre el consejo de administración y el consejero en cuestión, lo que daba lugar a un doble título retributivo (el de administrador y el de consejero ejecutivo).

Posteriormente, sin embargo, se comenzó a cuestionar esta tesis (y, en particular, sus principales implicaciones, consistentes en no sujetar la retribución del consejero ejecutivo a la reserva estatutaria ni a la aprobación de la junta general) y se instaló entre la doctrina la llamada *teoría del vínculo*, en virtud de la cual la relación societaria entre un administrador y la sociedad absorbe cualquier otra posible relación contractual por la que se le atribuyan funciones ejecutivas. En consecuencia, habría un único título

retributivo y la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos debe someterse a las exigencias del régimen general de retribución de los administradores. La doctrina del vínculo fue generalmente (aunque no unánimemente) admitida por la doctrina, pero aplicada de manera irregular en la práctica.

En este panorama irrumpe la Ley 31/2014 para zanjar (o eso pensaban hasta ahora el sector mayoritario de la doctrina académica y administrativa) la discusión existente sobre el régimen retributivo de los consejeros ejecutivos. La interpretación generalizada de los cambios introducidos por la Ley 31/2014 en los arts. 217 (y siguientes) y 249 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 (en adelante, la «LSC»), es que la intención del legislador fue la de superar claramente la teoría del vínculo y consagrar la existencia de dos relaciones entre un administrador ejecutivo y la sociedad y, por ende, de dos regímenes retributivos independientes, ambos de aplicación al consejero ejecutivo. Por un lado, la relación de administrador «en su condición de tal», cuya remuneración debe ajustarse al régimen *general* del art. 217 LSC (desarrollado por los arts. 218 y 219) y, por otro lado, la relación consistente en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, que debe regirse por las normas *especiales* del art. 249 LSC. Por lo tanto, la fijación de los términos retributivos de las funciones ejecutivas atribuidas a un consejero debe sujetarse únicamente a las exigencias del art. 249 LSC (firma de un contrato aprobado con mayoría reforzada y abstención del consejero afectado) y en ningún caso a la reserva estatutaria ni a la aprobación por la junta del importe máximo de remuneración.

Este entendimiento fue aceptado generalmente por la doctrina y acogido sin reserva alguna por la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, la «DGRN»). También los jueces expresaron su apoyo a este alejamiento de la teoría del vínculo plasmado en varias sentencias de juzgados de lo mercantil y, en particular, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2017, ahora casada por la STS.

LA CLÁUSULA ESTATUTARIA OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

El litigio objeto de la Sentencia nace de la negativa de un registrador mercantil de Barcelona de inscri-

bir una cláusula estatutaria que decía así: «El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital».

El argumento esgrimido por el registrador para rechazar la inscripción de dicha cláusula es el que se transcribe a continuación de la calificación negativa: «Dado que determina la no retribución del cargo de administrador, la regulación recogida a continuación, en cuanto permite al consejo de administración establecer remuneración para los consejeros ejecutivos para el ejercicio de las funciones ejecutivas, sin acuerdo de junta ni necesidad de previsión estatutaria, vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, dado que tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores, son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, [...], cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración».

La sociedad solicitante de la inscripción interpuso demanda de juicio verbal de impugnación de dicha calificación negativa en la que alegaba que las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014 consagran la dualidad retributiva de los administradores de las sociedades de capital, traducido en la duplicidad normativa plasmada por la reforma de 2014. Por un lado, el régimen del art. 217 LSC, que se aplica a los administradores «en su condición de tal» (es decir, en el ejercicio de las funciones de deliberación y control otorgadas a todos los administradores por razón de dicho cargo), con sujeción a los estatutos y al acuerdo de la junta, y, por otro lado, el régimen del art. 249 LSC, que, al margen del régimen general, es aplicable a aquellos miembros del consejo de administración a los cuales se les hayan atribuido funciones ejecutivas, con el único requisito de la suscripción de un contrato en los términos de los apartados 3 y 4 del art. 249 (y sin que sea necesario someter la remuneración del consejero ejecutivo a los socios o a la reserva estatutaria). Esta tesis, que proclama la existencia de dos sistemas normativos excluyentes compuestos por una norma general (art. 217) y una *lex specialis* (art. 249) que deroga el régimen general en los casos en los que sea aplicable, ha sido hasta ahora la postura apoyada por un sector mayoritario de la doctrina y por la DGRN.

Mientras que el Juzgado Mercantil desestimó íntegramente la demanda, proclamando la aplicación del principio de reserva estatutaria a la remuneración de cualquier clase de administradores —incluyendo en particular los ejecutivos—, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por la sociedad demandante, suscribiendo la dualidad de regímenes retributivos descrita en el párrafo anterior.

Seguidamente, el registrador presentó un recurso de casación cuya argumentación se basaba en el entendimiento de que la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC consagró la aplicación cumulativa, y no excluyente, de los regímenes plasmados en los arts. 217 y 249 LSC. En su opinión, el requisito de la firma del contrato establecido en los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC no exime de la necesidad de regular en los estatutos la remuneración de los consejeros ejecutivos ni de que ésta respete los límites máximos establecidos por la junta general.

El Tribunal Supremo, en un polémico pronunciamiento en el que rebate un entendimiento que se consideraba pacífico desde la entrada en vigor de la Ley 31/2014, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el registrador.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2018

Parte introductoria

El Tribunal Supremo comienza exponiendo la normativa aplicable a la retribución de administradores antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, con referencias a los antiguos arts. 217, 218 y 219, e incluso al art. 23.e LSC. Continúa la Sala recordando que, de acuerdo con su doctrina jurisprudencial, consideró en ese momento que la única forma de justificar la obtención de una retribución por un administrador (por lo general a través de la suscripción de un contrato con la sociedad) cuando los estatutos establecían el carácter gratuito del cargo era probando que existía una distinción objetiva entre las actividades debidas por su cargo orgánico de administrador y las existentes en virtud del título contractual. Sin embargo, el Tribunal consideró que la normativa existente en ese momento no diferenciaba entre las funciones inherentes al cargo de administrador (las de deliberación y control, principalmente) y las funciones adicionales relativas a la dirección y gestión diaria de la sociedad, consa-

grando el «tratamiento unitario» de la remuneración del administrador y la imposibilidad de compensar económicamente las funciones ejecutivas de aquel cuando la previsión estatutaria fuera de gratuidad.

Continúa el Tribunal Supremo refiriéndose a la reforma operada por la Ley 31/2014, la cual constituye, «en lo relativo a la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos de las sociedades no cotizadas», el objeto de su pronunciamiento. El texto entrecuillado se ha transcrito literalmente de la Sentencia para enfatizar el hecho de que el Tribunal insiste varias veces en que el pronunciamiento únicamente es aplicable a las sociedades no cotizadas.

Tras una transcripción objetiva de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014 en los arts. 217 a 219 y 249 LSC, la Sala resume la resolución de la segunda instancia. Como hemos explicado, la postura de la Audiencia Provincial, compartida por la DGRN, es la de considerar que existen dos tipos retributivos claramente distintos: la remuneración correspondiente a las funciones inherentes al cargo de administrador (llamadas funciones deliberativas), que debe constar en estatutos, y la retribución correspondiente a las funciones adicionales (las ejecutivas) que surgen de la «relación jurídica añadida», del «plus» que se da cuando, además de su condición de administrador, un consejero es nombrado consejero delegado, director general, gerente u otro, la cual debe regularse en un contrato suscrito entre dicho consejero y el consejo de administración como órgano colegiado.

La posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión objeto del recurso

La Sala considera que los regímenes de los arts. 217 y 249 LSC son complementarios y no excluyentes, ya que, en su opinión, el primero de los preceptos mencionados se aplica a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. Los principales argumentos expuestos para justificar estas conclusiones, la mayoría de los cuales han sido rebatidos por los autores contrarios al razonamiento del tribunal (como veremos después), son los resumidos a continuación.

En primer lugar, el Tribunal Supremo considera que el hecho de que el art. 217 LSC se titule «remuneración de los administradores» y que su primer apartado hable del «cargo de administrador», sin precisar que se refiere a los no ejecutivos, determi-

na que la reserva estatutaria es aplicable a todos los administradores, sin distinción de categorías.

En segundo lugar, la Sala reflexiona sobre la expresión «en su condición de tales», la cual, según expresa, es usada por los defensores de la tesis de la Audiencia Provincial y de la doctrina administrativa como fundamento de su argumentación. En la opinión de los magistrados que firman la Sentencia, con alusión al art. 209 LSC, la condición de administrador no incluye únicamente las mencionadas funciones deliberativas, sino que las propias funciones de carácter ejecutivo también le son inherentes. En palabras del Tribunal, «los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas». Además, explica el fallo, la posibilidad de delegación de facultades ejecutivas por parte del consejo de administración en virtud del art. 249 LSC secunda la posición que defiende que las funciones ejecutivas son inherentes a las de los administradores en su condición de tales, ya que «nadie da lo que no tiene».

En tercer lugar, el Tribunal Supremo considera que la mayoría de los conceptos retributivos del art. 217.2 LSC (y, en particular, los desarrollados en los arts. 218 y 219) son propios de los consejeros delegados o ejecutivos, y que esto es incompatible con el argumento que deduce que el art. 217 LSC, por referirse a los «administradores en su condición de tales», no se aplica a los consejeros ejecutivos. Por tanto, en opinión del Tribunal, el régimen general de los arts. 217 a 219 LSC y la consiguiente reserva estatutaria deben vincular también sin reparos a los administradores que ejercen funciones ejecutivas.

En cuarto lugar, la Sentencia recurre al art. 249.bis.i) LSC como argumento para considerar que el régimen del art. 217 LSC se aplica también a los consejeros ejecutivos. El art. 249.bis LSC incluye como una de las facultades que el consejo no puede delegar en uno de sus miembros «Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general» (el formato sin cursiva es nuestro). La Sala considera que la referencia a los «consejeros» en general y la expresión «dentro del marco estatutario» demuestran que la reserva estatutaria es extensiva a todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos.

En quinto lugar, los magistrados remiten al art. 217.3 LSC, que establece que el propio consejo de administración sea el que decida sobre la distribución de la retribución entre los distintos conseje-

ros, «que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero». La Sala concluye que estas distintas funciones y responsabilidades con base en las cuales debe distribuirse el importe total de la retribución aprobado por la junta no pueden ser otras que las ejecutivas (a su juicio, la única excepción sería la función de presidente del consejo, pero no lo consideran de suficiente relevancia como para justificar el precepto legal).

En sexto lugar, el Tribunal Supremo considera que no puede justificarse que la retribución de los consejeros ejecutivos escape a la reserva estatutaria y al control de la junta, ya que dicha retribución suele ser la más cuantiosa. Aquí los magistrados ponentes hacen uso de una argumentación más política, al afirmar que la interpretación de la reforma introducida por la Ley 31/2014 que hacen la Audiencia Provincial, la DGRN y la mayoría de la doctrina científica menoscaba significativamente la transparencia del sistema retributivo de los consejeros, lo que perjudica a los socios minoritarios en las sociedades no cotizadas por restringir significativamente el rol de la junta general en esta cuestión.

En este punto, la Sala alude al preámbulo de la Ley 31/2014, que establece lo siguiente: «La Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital».

A la vista de lo anterior, la Sentencia establece que el sistema diseñado en la LSC tras la reforma de la Ley 31/2014 para la determinación de la retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas se estructura en tres niveles: en primer lugar, los estatutos sociales, que deben establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este último caso, fijar el sistema de retribución; en segundo lugar, la junta general, que, entre otras cuestiones, debe aprobar periódicamente el importe máximo de remuneración anual de los administradores; y, en tercer lugar, los propios administradores, que deben decidir sobre la distribución de la retribución entre los distintos administradores.

En relación con este último escalón, el Tribunal Supremo expone su entendimiento de la función del contrato que deben suscribir el consejo de administración y el consejero a favor del cual se hayan delegado las facultades ejecutivas de acuerdo con los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC. Para la

Sala, la función principal del referido contrato no es únicamente fijar los términos de la retribución que va a percibir el consejero por el ejercicio de las facultades ejecutivas, sino que «también se muestra como el medio adecuado de plasmar el consentimiento del consejero delegado o ejecutivo no solo en la aceptación del cargo sino también en su vinculación a los concretos términos retributivos y de toda índole en que se haya negociado su nombramiento».

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye la cuestión litigiosa: el régimen legal del art. 217 LSC (desarrollado por los arts. 218 y 219) y el establecido por el art. 249 LSC no son alternativos, sino que ambos deben aplicarse de manera cumulativa cuando haya que decidir sobre la remuneración de un consejero con facultades ejecutivas. Considera la Sala que los arts. 217 a 219 LSC establecen el régimen general aplicable a todos los administradores (incluyendo los consejeros delegados o ejecutivos) y que el art. 249 precisa las especialidades aplicables a los consejeros con funciones ejecutivas (contrato, mayoría reforzada del consejo y abstención del afectado), especialidades que deben en cualquier caso ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo fijado por la junta. Asimismo, la retribución que el consejo determine para el consejero ejecutivo debe satisfacer las exigencias incluidas en el art. 217.4 y, en su caso, en los arts. 218 y 219 LSC.

La Sentencia finaliza con una matización, cuyo alcance no queda del todo claro: «La consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que» la atribución al consejo de la competencia para acordar la distribución entre los distintos administradores y, en su caso, decidir sobre el contenido del contrato que deba firmar el consejero ejecutivo en el que se regulen en detalle los términos y condiciones de su retribución «ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo». Entiende la Sala que la atribución legal de estas facultades al consejo «supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía «dentro del marco estatutario» a que hace mención el artículo 249 bis.(i)». Concluyen los magistrados que «este ámbito de autonomía, dentro de un marco estatutario entendido de forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y

del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales».

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial.

REACCIONES DOCTRINALES

La Sentencia ha causado cierta preocupación y confusión en el mundo jurídico español, el cual ha visto cómo una discusión considerada superada ha sido reabierta en toda su extensión por el Tribunal Supremo. A la espera de ver cómo van a actuar a partir de ahora los registros mercantiles bajo la tutela de la DGRN, que se ve obligada a revisar de alguna forma su postura sobre la cuestión, una parte del sector doctrinal ya ha expresado sus primeras opiniones acerca del fallo en diversos artículos.

El sector mayoritario de la doctrina (véase, por todos, C. Paz-Ares: «Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018)», *Diario La Ley*, n.º 9178, Sección Tribuna, 16 de abril de 2018, y J. Alfaro, «La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales», entrada en el blog *Almacén de Derecho* de 5 de marzo de 2018) ha criticado duramente el pronunciamiento del Tribunal Supremo, dudando incluso de la veracidad del caso que ha originado el procedimiento judicial concluido con la Sentencia. Por otra parte, algunos autores minoritarios (por ejemplo, C. Guerrero Trevijano: «La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (A propósito de la STS 26 de febrero de 2018)», *La Ley Mercantil* n.º 45, marzo 2018) alaban el razonamiento del Tribunal Supremo.

Entre otras cuestiones, los autores discordantes denuncian que la Sentencia haya optado por una interpretación de las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014 que deja dichas modificaciones sin efectos, tomando la decisión deliberada de ignorar la expresión «en su condición de tales» usada en repetidas ocasiones por la Ley 31/2014. Para este sector de la doctrina, es evidente que el legislador ha querido distinguir, con la reforma de 2014, entre un régimen general (el del art. 217 LSC, aplicable a los administradores en su condición general de administradores —la redundancia es voluntaria—) y un régimen especial (el del art. 249 LSC, aplicable a los consejeros ejecuti-

vos). A la luz de lo anterior, consideran de obligada aplicación el principio general de *lex specialis derogat legi generalis*. Asimismo, creen que la reforma del régimen de retribución de las sociedades cotizadas —y en particular, la clara distinción lingüística entre los títulos de los arts. 529.septdecies y 529.octodecies LSC— tiene una función ilustrativa evidente del significado pensado por el legislador para la expresión «en su condición de tales», que no puede ser distinta en diferentes secciones de la LSC.

Asimismo, este sector de la doctrina considera desafortunada la referencia de la Sentencia a la exposición de motivos de la Ley 31/2014 (la cual incurre en su opinión en errores manifiestos), y remite al trabajo llevado a cabo por la Comisión de Expertos, en el que queda claro que la intención del legislador era aclarar que la competencia para fijar la retribución del consejero ejecutivo la tiene el consejo de administración sin reserva estatutaria y sin intervención de la junta.

Por otra parte, los autores contrarios a la tesis mantenida por el Tribunal Supremo refutan otros argumentos esgrimidos por la Sala, como por ejemplo el consistente en considerar que, si el reparto del importe de remuneración entre los administradores debe hacerse teniendo en cuenta las distintas funciones y responsabilidades en virtud del art. 217.3 LSC, claramente se está remitiendo a las funciones ejecutivas como principal criterio de reparto. Estos autores consideran que, al contrario, la LSC se está refiriendo a aquellas funciones propias de los consejeros, como el cargo de presidente o vicepresidente, o el de miembro de comisiones de nombramiento, auditoría, etc., como elemento de distinción.

También critican la referencia del Tribunal al apartado i) del art. 249.bis y la ausencia de mención al apartado g) del mismo precepto (que establece como facultad indelegable del consejo la consistente en «el nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato»). En la opinión de este sector de la doctrina, es evidente que el apartado i), que remite al «marco estatutario», se circunscribe a los consejeros no ejecutivos y que el apartado g) es el que se ocupa de la remuneración de los consejeros ejecutivos.

Asimismo, rechazan el uso que hace el Tribunal Supremo de los principios de transparencia y control, e insisten en la existencia de mecanismos (el derecho de información de los socios o la capacidad de estos de atribuirse la competencia en mate-

ria retributiva mediante una previsión estatutaria) que protegen debidamente dichas directrices.

Con todo lo anterior, estos autores lamentan el gasto de tiempo y energía que este pronunciamiento, para ellos innecesario, le ha supuesto al Tribunal Supremo, así como el alto coste administrativo (por no mencionar los riesgos fiscales) por el que igual deberán de pasar miles y miles de sociedades en España para actualizar sus estatutos a la nueva postura del tribunal.

Otro sector de la doctrina, sin estar del todo de acuerdo con la postura del Tribunal, se siente obligada a acatarla, en algunos casos indicando que lo hace resignadamente. En particular, algún autor (R. Cabanas Trejo: «La sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?», *Diario La Ley*, n.º 9193, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2018) analiza la llamada a una mayor flexibilidad que hace el Tribunal Supremo al finalizar su pronunciamiento (expuesta en el penúltimo párrafo de la sección anterior de este foro), intentando encontrar en esta petición del Tribunal, vista como una última voluntad conciliadora, la —única— justificación de la brusca ruptura con la interpretación mayoritaria existente sobre la cuestión. Sin embargo, consideran que esta petición del Tribunal no es más que un mandato abstracto y creen que será la práctica registral y la postura que decida adoptar la DGRN las que determinarán realmente qué significa en la praxis estatutaria esa menor rigidez.

Sin olvidar que la Sentencia no constituye jurisprudencia (al ser necesarios al menos dos pronunciamientos del Tribunal Supremo que interpreten una norma en igual sentido), resulta sorprendente que el Tribunal haya optado por defender una tesis tan contraria a la aceptada por la inmensa mayoría de la doctrina y por la DGRN, y acatada de forma generalizada en la práctica societaria. A nuestro parecer, resulta más convincente la postura de los autores que critican la STS. En cualquier caso, tratándose de una sentencia aislada, no puede descartarse que, de plantearse el tema de nuevo ante el Tribunal Supremo con una argumentación más sólida, este reconsidere su posición, o, incluso, que el propio legislador decida introducir las modificaciones oportunas en la LSC para aclarar definitivamente la cuestión.

LEONOR DE OSMA*

* Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).