



Roj: **SAP C 745/2019 - ECLI: ES:APC:2019:745**

Id Cendoj: **15030370042019100131**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **520/2018**

Nº de Resolución: **139/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00139/2019**

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 15030 47 1 2016 0001059

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000520 /2018**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000463 /2016

Recurrente: Claudio

Procurador: NURIA ROMERO RAÑO

Abogado: JESUS ANGEL SANCHEZ VEIGA

Recurrido: ASEGURADORES AGRUPADOS SA DE SEGUROS

Procurador: JOSE CERNADAS VAZQUEZ

Abogado:

**S E N T E N C I A**

**Nº 139/19**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**



En A CORUÑA, a cuatro de abril de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000463 /2016, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000520 /2018, en los que aparece como parte apelante, Claudio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. NURIA ROMERO RAÑO, asistido por el Abogado D. JESUS ANGEL SANCHEZ VEIGA, y como parte apelada, ASEGURADORES AGRUPADOS SA DE SEGUROS, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE CERNADAS VAZQUEZ, asistido por el Abogado D. JOSÉ AREOSO CASAL, sobre RECLMACION DE CANTIDAD.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. DE LO MERCANTIL Nº 1 D A CORUÑA se dictó resolución con fecha 10-07-2018, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"1.- DESESTIMAR íntegramente la demanda formulada por Claudio , representado por la Procuradora Nuria Romero Raño,, frente a la sociedad ASEGURADORES AGRUPADOS, S.A. DE SEGUROS, representada por el Procuradora José Cernadas Vázquez.

2.- ABSOLVER a la sociedad ASEGURADORES AGRUPADOS, S.A. DE SEGUROS de todos los pedimentos deducidos en su contra de conformidad con lo argumentado en la fundamentación jurídica.

3.- Con condena en costas a :La parte demandante."

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por EL DEMANDANTE se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Claudio presenta demanda contra la entidad ASEGURADORES AGRUPADOS SA DE SEGUROS (ASEGRUP), en ejercicio de reclamación de la cantidad de 550.342,14 euros de principal en concepto de finiquito, incluyendo en el mismo la indemnización por cese anticipado en sus funciones (481.421,07 euros) pactada en el contrato de consejero delegado formalizado con la demandada, al amparo del artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital , el incentivo salarial del ejercicio 2015 aprobado el 31 de marzo de 2015 (31.421,07 €), y el plazo de preaviso incumplido (37.500 €), más intereses, con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, desestima la demanda, por cuanto en ningún momento, la Junta General de la sociedad demandada conoció ni, en consecuencia, aprobó el contenido del contrato suscrito con don Claudio , ni aprueba remunerar a ningún consejero con incentivos ni fijar indemnización alguna para el caso de cese en el cargo de consejero delegado.

Resolución contra la que interpuso recurso de apelación el demandante, que solicitó, con la revocación de la sentencia apelada, la estimación íntegra de la demanda; subsidiariamente, que no se haga expreso pronunciamiento sobre las costas procesales.

Por la parte demandada se opuso al recurso interpuesto, interesando su desestimación.

**SEGUNDO .-** Para la debida resolución del recurso debemos de partir de los siguientes hechos declarados probados

Que el 1 de febrero de 2007, al amparo del Real Decreto 1382/1985, don Claudio suscribe contrato de trabajo para desempeñar las funciones de Director General de la Empresa firmado por don Octavio en su calidad de Secretario del Consejo de Administración de ASEGRUP, .

En fecha 27 de junio de 2007 don Claudio se incorpora al Consejo de Administración de ASEGRUP, como Presidente y es nombrado Consejero Delegado, que es reelegido el 24 de julio de 2012.

El día 18 de octubre de 2012 don Claudio suscribe nuevo contrato de relación especial de alta dirección aprobado por el Comité de Retribuciones de la sociedad y por los miembros del Consejo de Administración de ASEGRUP, firmado en su nombre por don Saturnino y don Octavio en su calidad de Presidente y Secretario respectivamente, para llevar a cabo funciones ejecutivas, asimiladas a las de un Director General,



distintas de las que le competen por su condición de consejero delegado, excluidas las inherentes al cargo de administrador, que nova al anterior que estuvo vigente hasta la fecha, de duración indefinida, como contraprestación fija una retribución de 150.000 euros brutos anuales, comprensivo de salario y de gastos de representación de libre disposición. Además la entidad se compromete a suscribir un contrato de seguro de vida por una prima máxima anual de 9.000 euros con garantías de fallecimiento e invalidez permanente, con deducción de las cargas fiscales y de Seguridad Social y cualesquiera otras exacciones legales que correspondan a don Claudio en cada momento conforme a la legalidad vigente. La retribución se revisaría anualmente a propuesta de la comisión de retribuciones, debiendo ser aprobada por el Consejo de Administración. Adicionalmente se establece que podrá contemplarse como complemento retributivo un paquete de incentivos anuales que aprobará el Consejo de Administración a propuesta de la Comisión de Retribuciones. Y un plazo de preaviso, para el caso de extinción del contrato por cualquier causa, de tres meses desde el escrito de desistimiento, que podrá sustituirse por una cantidad equivalente a la remuneración durante el periodo no preavisado. En todo caso, el desistimiento conlleva que la empresa deba abonar una indemnización equivalente de 36 mensualidades de salario bruto, con inclusión de promedio de los incentivos obtenidos durante los últimos tres años. Si don Claudio fuese cesado o despedido por ASEGRUP y la jurisdicción competente declarara esta decisión improcedente, nula o no ajustada a derecho, la entidad y el alto directivo acordarán si se la readmisión o el abono de una indemnización económica equivalente a 36 mensualidades de salario bruto, con inclusión de promedio de los incentivos real y efectivamente percibidos en los últimos tres años, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de la indemnización.

Que en reunión del Consejo de Administración de ASEGRUP de fecha 31 de marzo de 2016, se acuerda con la inclusión de un nuevo punto del orden del día la propuesta de cesar con efectos del mismo día por pérdida de confianza al Consejero Delegado don Claudio , quién además cesaría como miembro de los Comités de Retribuciones, Auditoría y Control y Cumplimiento Normativo, Inversiones y para la Estrategia de Mercado. Asimismo quedaría resuelto el contrato de alta dirección suscrito entre la compañía y don Claudio en los términos que pacten las partes. Lo que fue aprobado con cinco votos a favor, dos en contra y se abstiene de votar el propio interesado que manifiesta su desacuerdo. En el punto sexto del día, sobre las propuestas del Comité de Retribuciones se aprueban incentivos, a favor, entre otros, de don Claudio , Consejero Delegado de la empresa, un 20% de su retribución anual bruta del ejercicio 2015, equivalente a 31.421,07 euros.

Que por medio de carta de fecha 20 de abril de 2016, y como consecuencia del acuerdo adoptado el día 15 de marzo por el Consejo de Administración de ASEGRUP de cesarlo en sus funciones de Consejero Delegado y miembro de los Comités de Retribuciones, Auditoría y Control y Cumplimiento Normativo, Inversiones y para la Estrategia de Mercado, le comunican la resolución del contrato que hasta la fecha les vinculaba, ante el incumplimiento del deber de lealtad para con la sociedad por el hecho de que ha venido sufragando gastos exclusivamente personales con cargo al patrimonio de la Sociedad, al menos desde el ejercicio 2011 hasta 2015. Hechos conocidos a raíz del fallecimiento del entonces Secretario del Consejo de Administración, don Octavio , el pasado 15 de diciembre de 2015. Por lo que resulta improcedente la realización de preaviso ni el abono de la indemnización prevista para el caso de desistimiento del contrato suscrito entre las partes.

En fecha 26 de abril de 2016 ASEGRUP procedió a comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social la baja de don Claudio en el Régimen General.

Por acuerdo adoptado en Junta General de ASEGRUP, don Claudio fue cesado en el cargo de vocal del Consejo de Administración.

La Junta General de Socios de ASEGRUP nunca aprobó el contrato de don Claudio suscrito por miembros del Consejo de Administración.

Las cuentas anuales del ejercicio de 2015, tras detectar el auditor irregularidades contables en las mismas, fueron reformuladas en sesión del Consejo de Administración de 8 de agosto de 2016, arrojando las cuentas unas pérdidas en el ejercicio 2015 de 683.345,70 euros. Que fueron aprobadas en Junta General Ordinaria de Socios celebrada el 9 de septiembre de 2016.

**TERCERO** .- La sentencia apelada desestima íntegramente la demanda, por cuanto estima el juzgador de primera instancia, que como el contrato del Sr. Claudio no fue aprobado por acuerdo de la Junta General de ASEGRUP, ni puede ampararse en previsión estatutaria, vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución de los administradores, dado que tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, ya sea en la constitución de la sociedad o en las ulteriores modificaciones de los mismos, cuya competencia es exclusiva de la Junta de Socios y no del Consejo de Administración.

La parte apelante considera que con tal interpretación se infringen los artículos 217 y 249 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la



mejora del gobierno corporativo. Alega que consagra la admisibilidad de la dualidad retributiva respecto de los consejeros ejecutivos. De este modo, el artículo 217 dispone que, si los estatutos establecen que el cargo de administrador sea remunerado, deberán determinar el sistema de remuneración, especificando los conceptos retributivos a percibir por los administradores "en condición de tales". Por el contrario, en el caso que alguno de los miembros del Consejo de Administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas, se debe aplicar el artículo 249, por lo que basta con que se suscriba un contrato con las cautelas establecidas en los apartados tercero y cuarto del citado precepto. La remuneración, por tanto, no estaría sujeta a los estatutos y al acuerdo de la junta.

El artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 10 de julio, disponía lo siguiente: 1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

Por lo que no se distinguía entre los consejeros con funciones meramente deliberativas o de supervisión, de los consejeros que asumen funciones ejecutivas o de gestión ordinaria de la sociedad.

Así la jurisprudencia de forma constante vino manteniendo la doctrina de la exigencia de la reserva estatutaria y la necesidad de dar un tratamiento unitario a la retribución del administrador ( STS de 18 de junio de 2013 ).

Dicha doctrina jurisprudencial tiene como finalidad primordial la de potenciar la máxima información a los socios a fin de facilitarles el control de la actuación de los administradores sociales sobre las retribuciones y compensaciones económicas de todo tipo que puedan percibir.

La misma Sentencia de 18 de junio de 2013 reitera la doctrina expuesta en la Sentencia de 29 de mayo de 2008, sobre el tratamiento que debe darse a aquellas retribuciones contrarias a previsiones estatutarias, que se pretenden justificar en contratos de alta dirección, afirmando, en principio, el tratamiento unitario de la retribución razonando:

"La jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del Real Decreto legislativo 1.564/1989 y 66 de la Ley 2/1995, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria.

Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa."

Tal reserva estatutaria, respecto de la retribución de los administradores, ya constaba en los artículos 130 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y en el artículo 66 de La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995.

La redacción del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma con la Ley 31/2014, es del tenor siguiente:

Artículo 217. Remuneración de los administradores.

1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.
2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:
  - a) una asignación fija,
  - b) dietas de asistencia,
  - c) participación en beneficios,
  - d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
  - e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
  - f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
  - g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.



3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Por lo que se refiere al artículo 249 TRSLC, su apartado 1 contempla, que cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, en cuyo caso deberá establecer el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

El segundo apartado, que establecía las facultades indelegables, se integra en el nuevo art. 249.bis TRLSC, con distinta y mayor extensa redacción.

El apartado 3 del art. 249 TRSLC ha pasado a ser el actual apartado segundo, que establece la mayoría necesaria en el consejo para aprobar la delegación y su carencia de efectos hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Y los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 249 TRLSC, por su parte, disponen lo siguiente:

"3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general".

Por ello, tras la reforma legal, se plantea en la doctrina la discusión de si la reserva estatutaria se mantiene para toda retribución y sea cual sea la forma en que se organice el órgano de administración, incluidos los consejeros delegados, porque forman parte del consejo de administración, y por tanto también son administradores sometidos a lo dispuesto en el artículo 217 del TRLSC. O por el contrario, debe distinguirse dos regímenes diferentes, uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta (art. 217.2º TRLSC); y otro, que se contempla en el artículo 249.3º TRLSC para los consejeros delegados, que quedarían así al margen del sistema general del artículo 217, y en definitiva, la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general, la que es seguida por la DGRN.

El juzgador a quo para la toma de su decisión, como es lógico tiene en consideración la reciente STS 494/2018, de 26 de febrero, que precisamente entra a resolver sobre tal cuestión jurídica planteada, que se decanta, tras estudio detallado de la legislación aplicable sobre la retribución de los administradores con la reforma operada con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por mantener la doctrina jurisprudencial imperante de la reserva estatutaria, por todas STS 708/2015, de 17 de diciembre, que había declarado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial favorecer la máxima información a los socios para facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia especialmente sensible. Pese a la concurrencia de intereses propia de la sociedad mercantil, pueden surgir ocasionalmente conflictos entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible, de la sociedad en minorar los gastos y de los socios en maximizar los beneficios repartibles.

Este criterio legal, que persigue que sean los socios, mediante acuerdo adoptado en la junta con una mayoría cualificada, quienes fijen el régimen retributivo de los administradores sociales, y que en todo caso los socios,



lo fueran o no al tiempo en que esta decisión fue adoptada, estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en cuya memoria deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad.

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

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

La jurisprudencia consideró que la normativa reguladora de las sociedades mercantiles no discriminaba entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión "societarias", por un lado, y las de ejecución y gestión "empresariales", razón por la cual no se admitía que mediante la celebración de un contrato se remuneraran las funciones ejecutivas del administrador, o de algunos miembros del órgano de administración, cuando carecieran de apoyo en el régimen legal previsto por la normativa societaria, que concedía un papel primordial a los estatutos sociales y a los acuerdos de la junta general.

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

Pues bien, nuestro más Alto Tribunal, en la precitada sentencia 98/2018, de 26 de febrero, después de exponer la tesis de la Audiencia Provincial y de la DGRN sobre la significación de la reforma, amparada en la utilización de la expresión "administradores en su condición de tales" en los nuevos apartados segundo y tercero del art. 217 TRLSC, y la exigencia de que se celebre un contrato entre la sociedad y los consejeros delegados o ejecutivos, que sea aprobado por el consejo de administración y en el que se detallarán todos los conceptos por los que puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, que se contiene en los apartados tercero y cuarto del art. 249 TRLSC, concluye sobre el alcance de la reforma, que no comparte esta doctrina que ha establecido la DGRN sobre esta cuestión.

Y así razona:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Consecuencia de lo expuesto es que "el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por [...] los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa" que prevé el art. 260.11 TRLSC como una de las menciones de la memoria, incluye las remuneraciones recibidas por los administradores "en su calidad de tales", esto es, en el desempeño del cargo de administrador, y por "cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores" (como es el caso de las que son objeto del art. 220 TRLSC), siendo en este segundo caso una remuneración por la realización de actividades ajenas a las que son inherentes a "los administradores en su condición de tales".

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

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

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

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



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

Tras prever el art. 249.3 y 4 TRLSC que cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, contrato en que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, el art. 249.bis.i TRLSC prevé como una de las facultades que el consejo de administración no puede delegar "las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general" (énfasis añadido).

La ubicación del precepto, su referencia no a los "consejeros no ejecutivos", ni siquiera a los "administradores en su condición de tales" (si es que a esta expresión pudiera darse el sentido que sostienen la Audiencia Provincial y la DGRN), sino a los consejeros en general, muestran que la exigencia de reserva estatutaria para la retribución de los administradores se extiende a todos los administradores sociales, incluidos los miembros del consejo de administración y, dentro de ellos, a los consejeros delegados y ejecutivos, respecto de los cuales se adoptan las principales decisiones del consejo relativas a la remuneración de los consejeros.

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

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

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

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

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

12.- Tampoco parece razonable que, siendo la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de previsión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en la fijación de su cuantía máxima, sino que, además, los criterios establecidos en el art. 217.4 TRLSC no le sean aplicables.

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

13.- Una interpretación del nuevo régimen legal de la remuneración de los administradores sociales como la realizada por la Audiencia Provincial supone, como la propia sentencia recurrida reconoce, comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos





de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel jugado por la junta general.

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

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

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

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

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

Pues bien, en la referida sentencia se continua razonando que el sistema diseñado en la TRSLC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles:

1º) Los estatutos sociales, que han de establecer el carácter gratuito o retribuido del cargo (art. 217 TRLSC), en este último caso, han de fijar el sistema de retribución, que determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los previstos con carácter ejemplificativo en el art. 217.2 TRLS.

2º) Los acuerdos de la junta general, a la que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (art. 217.3 TRLSC, primer inciso), sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones, como resulta de los arts. 249.4,II y 249.bis.i TRLSC, que contemplan este acuerdo con carácter eventual ("en su caso") en las sociedades no cotizadas, puesto que en el caso de las sociedades cotizadas el acuerdo que establezca la política de remuneraciones es preceptivo (art. 529 novodécies TRLSC). Este límite máximo fijado por la junta "permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación" (art. 217.3 TRLSC, primer inciso).

3º) El tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores. Salvo que la junta general determine otra cosa, a ellos corresponde, conforme al art. 217.3 TRLSC, la distribución de la retribución entre los distintos administradores, que se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

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



La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLSC, de otra) es de carácter cumulativo. El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones (retribuciones previstas en los apartados "c" a "g" del art. 217.2 y el desarrollo que de algunas de ellas se contienen en los arts. 218 y 219) son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.

Así las cosas, puede el consejo de administración designar entre sus miembros a un consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, lo que exige necesariamente que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. A este respecto cabe indicar que la designación del Sr. Claudio y suscripción de contrato que fijaba sus concretos conceptos retributivos por el desempeño de sus funciones ejecutivas fue anterior a la reforma operada por Ley 31/2014, por lo que ciertamente no puede oponerse los motivos formales que se alegan por la demandada, producidos en el momento de su nombramiento, cuando en definitiva se abstuvo en la votación de la sesión en que se acuerda. Pero eso no significa que no sea aplicable al contrato litigioso la reforma legal operada.

Lo cierto es que este contrato aprobado por el consejo de administración no lo fue por acuerdo de la junta general de socios, ni tiene previsión alguna en acuerdos tomados en juntas generales de socios posteriores. Así, en junta general de ASEGRUP de fecha 7 de junio de 2012, se aprueban exclusivamente dietas a los consejeros por la asistencia a las reuniones del consejo de administración, 200 o 300 euros por sesión, así diferenciando entre los consejeros que tuviesen o no su residencia en la Comunidad Autónoma de Galicia. En junta general de 20 de junio de 2013, se acuerda suprimir las retribuciones en concepto de dietas de asistencia para los consejeros aprobadas en anterior junta, por tanto se decide no fijar ningún tipo de retribución para los integrantes del consejo de administración. En la junta general de 19 de junio de 2014, en deliberación del punto del orden del día correspondiente a la retribución de los administradores, se aprueba una retribución bruta por importe de 10.000 euros, que se propone su distribución del siguiente modo don Humberto , 5.000 euros, Sr. Iván , 5.000 euros, resto de consejeros 0 euros. En junta general de socios celebrada el 26 de junio de 2015, en deliberación del punto tercero del orden del día, relativo a la retribución de los administradores para el ejercicio 2015, se acuerda no aprobar retribución alguna en atención de la situación actual de la sociedad. En Junta general de 9 de septiembre de 2016, con posterioridad al cese de don Humberto , se acordó una remuneración máxime y global del consejo de administración para el ejercicio 2016 de 180.000 euros.

Teniendo en cuenta la reserva estatutaria, no consta que la Junta General de Socios de ASEGRUP hubiese acordado impartir otras instrucciones al consejo de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos en materia de retribución de consejeros, y menos aún si cabe, de consejeros delegados o ejecutivos, respecto de pago de incentivos ni de indemnización por cese o por incumplimiento de plazo de preaviso.

Y se pretende fundamentar en lo dispuesto en el artículo 29 de los estatutos de la sociedad demandada, conforme a su redacción al momento del cese acordado del actor, cuando tras disponer que el cargo de administrador estará retribuido de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes: La retribución conjunta de los administradores consistirá en un importe fijo, que será fijado con carácter anual por acuerdo de la Junta General y será efectiva de forma dineraria. Será competencia de la Junta General distribuir entre los administradores la retribución anual fijada por la misma. Dicha distribución podrá ser desigual entre tales administradores. En su último párrafo se hace constar "Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la remuneración que en su caso, pudiera percibir cualquier administrador como contraprestación por servicios de cualquier naturaleza prestados a la Sociedad."

Pues bien, consideramos que no puede ser así desde el momento que dicho párrafo tiene su razón de ser por la prestación de otra clase de relaciones de servicios por los administradores a la sociedad, como pudieran ser contratos de arrendamiento de servicios, como los relativos a contrato de trabajo en régimen de dependencia, sin que pueda entenderse incluido los de alta dirección, por cuanto se solapan o son coincidentes con las propias del cargo de administrador, de naturaleza mercantil, o como relativos de asesoría externa jurídica, contable, fiscal y/o laboral o de cualquier otra índole o prestación diferentes a las que son inherentes a las propias de los administradores sociales en su condición de tales.

Sin que en el caso podamos, en atención a las peculiaridades del presente caso, tal como se pretende que apliquemos, la flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria que menciona la STS 98/2018 , que se fundamenta en que 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 del Tribunal Supremo y por la propia DGRN, con un ámbito de autonomía dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías



para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales ( STS 98/2018, de 26 de febrero )

**CUARTO** .- La misma conclusión por tanto es aplicable respecto al incentivo del ejercicio 2015 reclamado a la sociedad demandada, ya que expresamente el artículo 218 de TRLSC, bajo el epígrafe "Remuneración mediante participación en beneficios" dispone en su apartado 1, "Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales".

Aún así las cosas, afirma el recurrente que el Consejo de Administración aprobó el abono del incentivo salarial del ejercicio 2015 al Sr Humberto en la misma sesión que acordó su cese, el 31 de marzo de 2015, en cuantía de 31.421,07 euros, motivo por el cual mantiene en su recurso que tiene derecho al mismo, lo que no procede conforme a lo antes expuesto. Pero al respecto, cabe resaltar que las cuentas anuales del ejercicio 2015, aprobadas el mismo día del cese, arrojaban un beneficio de 16.780 euros, resulta acreditado que tuvieron que ser reformuladas en sesión del consejo de administración celebrada el 8 de agosto de 2016 y aprobadas en junta general ordinaria de 9 de septiembre de 2016, el cálculo de las provisiones técnicas no eran correctas, resultando su insuficiencia tanto en auditoría interna como externa, por lo que el beneficio de dicho ejercicio fue 0, por tanto, no correspondía abono de incentivo alguno por resultados al no alcanzar los objetivos económicos.

Por último solo indicar, que el cese del demandante como consejero delegado, por pérdida de confianza, vino motivado al tener conocimiento miembros del consejo de administración de la existencia de gastos personales de todo tipo y naturaleza, como viajes familiares al extranjero, abonos de temporada de liga del RC Deportivo de La Coruña, facturas de restaurantes, compras de ropa, etc. que presentaba el actor como gastos de empresa, motivo por el cual le eran abonados, cuando no estaban justificados ni tenían fundamento alguno como gasto de representación de libre disposición.

**QUINTO** .- El último motivo del recurso radica en la imposición de las costas procesales a la parte actora en la sentencia apelada, por aplicación del principio de vencimiento objetivo, al ser íntegramente desestimada la demanda, alegando la parte apelante que en el caso concurren méritos suficientes para no hacer expresa imposición.

Y efectivamente, consideramos que no procede en el caso hacer expresa imposición de las costas procesales de primera instancia a ninguna de las partes por concurrir serias dudas de derecho sobre la cuestión jurídica planteada, cuando la STS 98/2018, de 26 de febrero , en interpretación de la reforma del TRLSC fue dictada durante el curso del procedimiento, por tanto con posterioridad a la presentación de la demanda. El tribunal admite la complejidad del caso y las dudas de derecho existentes, con criterio contrario de la DGRN, de ahí las dudas existentes en el presente caso para la resolución del litigio para poder aplicar la excepción al criterio del vencimiento objetivo ( art. 394.1 Ley de Enjuiciamiento Civil ).

**SEXTO** .- Estimado en parte el recurso de apelación interpuesto, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta alzada ( art. 398 Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

## FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, con fecha 10 de julio de 2018 en autos de juicio ordinario núm. 463/2016, revocamos la precitada resolución, en el único particular del pronunciamiento relativo a las costas, que dejamos sin efecto, no haciendo nosotros expresa imposición a ninguna de las partes de las originadas en primera instancia; todo ello, sin hacer expresa declaración de las costas originadas en la alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a preparar en el plazo de cinco días a contar a partir de la notificación de esta sentencia.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución de los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ