

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15834 *Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XII de Madrid a inscribir determinados párrafos de un artículo estatutario, referidos a la retribución de los consejeros ejecutivos.*

En el recurso interpuesto por don M. C. C., en nombre y representación de «Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A.U.», contra la negativa del registrador mercantil XII de Madrid, don Adolfo García Ferreiro, a inscribir determinados párrafos de un artículo estatutario, referidos a la retribución de los consejeros ejecutivos.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Francisco Javier Gardeazabal del Río, el día 1 de junio de 2018, bajo el número 1.652 de su protocolo, «Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A.U.» procedió a elevar a público las decisiones adoptadas por su único accionista el 24 de mayo de 2018, en ejercicio de las competencias correspondientes a la junta general, y entre ellas la atinente a la modificación del artículo 18 de los estatutos sociales de la compañía, al que se dotó de la siguiente redacción:

«Artículo 18.º Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo de cinco años, pudiendo ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración. Vencido el plazo el nombramiento caducará cuando se haya celebrado la siguiente Junta General o haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta General.

Los Consejeros, en su condición de tales, es decir, como miembros del Consejo de Administración y por el desempeño de su función de supervisión y decisión colegiada propia de ese órgano, solo tendrán derecho a percibir de la sociedad, en concepto de remuneración: (i) dietas de asistencia a cada sesión del consejo; y (ii) una indemnización por cese, siempre y cuando el cese no esté motivado por el incumplimiento de las funciones del administrador, o fallecimiento. La cuantía de la remuneración de los administradores no podrá exceder de la cantidad máxima que a tal efecto tenga establecida la Junta General para el conjunto de los administradores.

Corresponderá al Consejo de Administración la fijación en cada ejercicio de la cantidad exacta a abonar a cada consejero dentro de aquel límite. Además, y con independencia de las dietas e indemnización por cese o fallecimiento, se resarcirá a los consejeros íntegramente el importe de todos aquellos gastos, debidamente justificados, en los que incurran por cuenta de la sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, los consejeros podrán desempeñar funciones ejecutivas y/o profesionales en la Sociedad, y en tal caso, tendrán derecho a percibir, adicionalmente, las retribuciones que correspondan por el desempeño de dichas funciones ejecutivas.

A tal fin, cuando uno de los miembros del Consejo de Administración se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier título, será necesario que se celebre un contrato entre éste 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 y deberá detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda

obtener una remuneración por el desempeño de sus 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 seguros o de contribución a sistema de ahorro.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de existencia de Consejo de Administración, el cargo de Consejero Independiente será retribuido con una cantidad fija que señalará anualmente la Junta General.

La Sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para los consejeros y directivos.

Sin perjuicio de lo anterior y con sujeción a la normativa propia de las operaciones vinculadas y al régimen de deberes de los administradores, los consejeros podrán realizar cualquier tipo de suministro de servicios susceptible de ser prestados por terceros con arreglo a condiciones de mercado».

II

Presentada a inscripción en el Registro Mercantil de Madrid, y en virtud de la previsión contenida en el título sobre la eventual inscripción parcial, mediante nota de calificación suscrita por el Registrador don Adolfo García Ferreiro el día 2 de julio de 2018, se hizo constar la inscripción incompleta en los siguientes términos: «No se han inscrito los párrafos cuarto y quinto del artículo 18 por no establecerse el sistema o sistemas de retribución de los consejeros a los que se les atribuyen funciones ejecutivas. (arts. 23, 217 y 249 LSC y Sentencia del T.S. de 26 de febrero de 2018)».

III

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 31 de julio de 2018, don M. C. C., en nombre y representación de «Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A.U.», interpuso recurso con apoyo en los fundamentos de Derecho que, a continuación, se reproducen:

«I. Planteamiento de la cuestión.

La nota de calificación se remite a la Sentencia n.º 98/2018 de TS, Sala 1.ª, de lo Civil, 26 de febrero de 2018 (en adelante, STS) que queda convertida en el eje del presente recurso.

Como es conocido, la sentencia mantiene, para las sociedades no cotizadas, la conocida «doctrina del vínculo». Nacida en la jurisdicción social, implica que cuando el administrador realiza actividades diversas de la gestión social, la calificación de esas actividades no se determina por su índole, sino exclusivamente por la naturaleza del vínculo que el administrador tiene con la sociedad. En la práctica, supone la prevalencia de la relación societaria mercantil y su consecuencia es que la relación societaria excluye la relación laboral (STS de la Sala IV 13 de mayo y 3 de junio de 1991, 18 de junio de 2013, 17 de julio de 2003 o 12 de marzo de 2014). Más tarde fue acogida por la jurisdicción civil, debiendo destacarse la conocida sentencia de 30 de diciembre de 1992 (Caso Huarte) y otras posteriores (21 de abril de 2005, 12 de enero de 2007, 24 de abril de 2007, 29 de mayo de 2008, 19 de diciembre de 2011 y 18 y 25 de junio de 2013, entre otras). Desde el punto de vista sustantivo, la aplicación de esta doctrina conducía al tratamiento unitario de la retribución del administrador y a que la condición de consejero tuviese carácter absorbente excluyendo la validez del pacto contractual. Aplicada a la remuneración del consejero, la única admisible era la que figuraba en los estatutos sociales, no admitiéndose que pudiera percibir otras retribuciones al margen en virtud de acuerdos con la sociedad. La tesis del vínculo también fue seguida por la DGRN (R de 3 de abril de 2013).

La doctrina del vínculo, en la opinión mayoritaria, es abandonada con la publicación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En esta reforma se da nueva redacción a los preceptos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) que regulan la retribución

de los administradores de las sociedades de capital. La mayoría de la doctrina interpretó la reforma en el sentido de que eliminaba la doctrina del vínculo al admitirse que para los consejeros delegados la retribución quedase determinada por contrato con la sociedad con competencia del órgano de administración y con determinadas cautelas (artículo 249 LSC). La misma idea fue seguida por la RDGRN de 30 de julio de 2015, 5 de noviembre de 2015, 10 de mayo de 2016 y 17 de junio de 2016.

Frente a esta posición mayoritaria de los autores y de la jurisprudencia registral, la STS de 26 de febrero de 2018, invocada en la nota de calificación, sigue manteniendo la doctrina del vínculo. Con rechazo expreso de la doctrina de la DGRN posterior a la reforma de 2014, mantiene que las cosas no han cambiado. Presupone la subsistencia de la doctrina del vínculo.

El pronunciamiento central de la sentencia es el siguiente: «Por tanto, en las sociedades no cotizadas, la relación entre el art. 217 TRLSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSC no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLSC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219. La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLSC, de otra) es de carácter cumulativo, como sostiene el recurrente. El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones (retribuciones previstas en los apartados “c” a “g” del art. 217.2 y el desarrollo que de algunas de ellas se contienen en los arts. 218 y 219) son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos. El art. 249 TRLSC contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al “marco estatutario” y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales.»

Frente a la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) que estableció de manera reiterada que la retribución de los consejeros ejecutivos quedaba sometida de manera exclusiva a lo dispuesto en el artículo 249 n.º 3 y 4 LSC no siendo exigibles los requisitos de constancia estatutaria y aprobación por la junta establecidos con carácter general para los administradores en el artículo 217 LSC, para el Tribunal Supremo la aplicación de los dos artículos debe hacerse de forma cumulativa, de modo que el régimen legal de los administradores ejecutivos queda sometido a una regla doble que implica constancia en estatutos y aprobación por la junta general (217 LSC) y contrato y aprobación por el consejo de administración con mayoría reforzada (249 LSC).

Por disentir, con el más absoluto respeto, con los pronunciamientos de esta sentencia del TS por entender que se aparta del verdadero sentido de la Ley de 2014, se interpone el presente recurso.

Justifica la interposición del presente recurso el que la STS de 26 de febrero de 2018 tenga carácter aislado y no pueda ser entendida como jurisprudencia (art. I. 6.º CC).

La sentencia ha merecido la crítica de la doctrina que la ha estudiado debiendo destacarse los trabajos de Paz-Ares («Perseverare diabo/icum (A propósito de la STS 26-11-2018)», La Ley, n.º 9165, 23 de marzo de 2018) y de Alfaro del Águila Real («La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales») blog Almacén de Derecho, Mar, 5, 2018). Los argumentos de estos autores son seguidos en los razonamientos empleados en este escrito.

Toda vez que la cuestión está resuelta por la doctrina del Centro Directivo que se ha pronunciado expresamente sobre la Ley 31/2014, se intentará en los siguientes razonamientos desvirtuar los razonamientos de la STS a fin de justificar la subsistencia de la doctrina de la Dirección General.

Se emplearán los criterios comunes de interpretación, como también hace declaradamente la STS, aunque para llegar a resultados diferentes.

II. Argumento histórico.

El estudio de los antecedentes de la ley 31/2014 revela la intención de modificar el tratamiento unitario de la retribución de los consejeros delegados.

La importancia de los antecedentes de la reforma de 2014 es destacada por la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/2014. El apartado 111 refiere como antecedente directo de la ley el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 que presentó su informe el 4 de octubre de 2013. A la hora de precisar la influencia de este trabajo en el texto definitivo de la ley el legislador es claro: «Sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones se ha elaborado esta norma».

En concreto, en relación con la retribución de los administradores, el apartado 4.10 del Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 2013 («Retribución de los administradores. Especial consideración a la remuneración de consejeros») señala: «Por otra parte, también resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas (en virtud de un nuevo título, sea este de delegación orgánica, o contractual de facultades). La fijación de su retribución corresponde al Consejo de Administración si bien, dada su trascendencia y los posibles conflictos de interés a los que puede dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso –ya que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas– adopte la junta.».

La importancia del antecedente es destacada por la RDGRN de 17 de junio de 2016: «A tal efecto, no pueden ignorarse las modificaciones introducidas sobre esta materia en la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Esta reciente ley modificadora tiene en este punto como antecedente directo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 (publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo), por el que se crea una Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, en cuyo informe de 14 de octubre de 2013 proponía en el apartado 4.10.1 (“Normas aplicables a todas las sociedades de capital”) “que los estatutos de las sociedades deberán establecer el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones como administradores (“por su condición de tal” –o de “tales”–), y que podrán percibir una remuneración consistente en una retribución fija o variable, en dinero o en especie, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución en acciones, sistemas de ahorro, cualquier otro mecanismo admisible o una combinación de distintas modalidades y que la remuneración anual del conjunto de los administradores deberá ser aprobada por la junta (artículo 217 de la LSC)». Y añade lo siguiente: «Por otra parte, también resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas (en virtud de un nuevo título, sea este de delegación orgánica, o contractual de facultades). La fijación de su retribución corresponde al Consejo de

Administración si bien, dada su trascendencia y los posibles conflictos de interés a los que puede dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso –ya que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas– adopte la junta». Termina expresando que «para ello se propone, siguiendo el artículo 231.97.3 de la PCM [Propuesta de Código Mercantil], introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 249 de la LSC que regule el régimen de aprobación y documentación de la retribución de consejeros por el desempeño adicional defunciones ejecutivas».

Llama la atención que, a pesar de la claridad de estos razonamientos en cuanto reveladores de la mens legislatoris, la STS intenta restarles relevancia hasta el punto de justificar el distanciamiento: «Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, «el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática». Tanto más cuando la invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer (aunque cuando se invoca la mens legislatoris se obvian las finalidades manifestadas expresamente en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) sino a las intenciones de quienes han intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propiamente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial, la normativa societaria, y en atención a la finalidad expresada en la ley». Es evidente el propósito de restar importancia a los precedentes legales. Para eso se intenta desplazar el criterio de interpretación histórico hacia los demás criterios de interpretación y se hace con preterición de la intención declarada del legislador sobre lo que ha querido trasladar al texto definitivo.

La referencia a la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 es tenida en cuenta otra vez, y de manera especial, para justificar el fallo: 1114- 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». Pero la apoyatura es endeble. El error en que incurre el preámbulo de la ley es evidente. Se comprueba por la simple lectura del último párrafo que contiene la referencia a todas las sociedades de capital, que no responde a la reglamentación real. El error desautoriza la cita del precepto como argumento de peso. El recurso a este argumento resulta más llamativo si se tiene en cuenta que el propio TS rechaza expresamente la aplicación de su doctrina a las sociedades cotizadas.

III. Argumento gramatical.

De especial relevancia a los efectos del presente recurso, el argumento gramatical se concentra en la precisión del significado de la frase «en su condición de tales» que aparece en varias ocasiones en la LSC.

La RDGRN de 2016 entiende que mediante esta expresión se establecen reglas diferentes para la retribución de las dos clases de consejeros: los consejeros que no tienen atribuidas funciones ejecutivas y los que sí las tienen atribuidas. Al respecto, dice la Resolución lo siguiente: «En definitiva, conceptualmente, deben separarse dos

supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de retribución de funciones extrañas a dicho cargo». De la distinción conceptual deriva la dicotomía de regímenes: «El sistema de retribución inherente al cargo de administrador debe constar siempre en los estatutos...»; «...La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero...».

La STS elimina la diferencia de regímenes por razón de las diversas funciones que ostenten los consejeros. Pero para hacerlo tiene que recurrir a una compleja argumentación:

«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....».

El TS refiere la expresión «en su condición de tales» a cualquier administrador en el ejercicio de su cargo, tenga o no facultades ejecutivas. Pero entonces, ¿cuál es el significado de la frase, porque alguno debe tener? Para la STS se contrapone el «administrador en su condición de tal» al administrador que no se encuentra en el ejercicio del cargo, que sería el administrador que actúa en facetas ajenas a las propias del ejercicio del cargo (prestación de servicios de abogado o de arquitecto para la sociedad), citando el artículo 220 LSC, que se refiere a las retribuciones que corresponda percibir al administrador por la prestación de servicios a la sociedad. La finalidad del artículo 217 quedaría reducida a la contraposición entre las retribuciones del administrador por su condición de tal y las que le correspondería percibir por la prestación de servicios diferentes a la sociedad.

A la postre, con esta argumentación, la expresión «en su condición de tales» queda vacía de contenido y se convierte en superflua, pues el «administrador en su condición de tal» es, simplemente, el administrador que administra, es decir, todo administrador. Y carece de lógica la pretensión de que la retribución de los administradores por 9

servicios prestados a la sociedad en su condición de profesionales, etc..., quede sometida a previsión estatutaria y acuerdo de la junta, que es la alternativa que ofrece este razonamiento y que no se ha defendido por nadie, porque supondría una intromisión en un contrato de naturaleza extra societaria, limitándose la ley en el art. 220 LSC a establecer un límite por razones de prevención de conflictos de interés.

El argumento de mayor peso, desde el punto de vista gramatical, se encuentra en el propio texto de la LSC. A propósito de las sociedades cotizadas, el sentido de la expresión discutida resulta absolutamente clarificado en los artículos 529 septdecies y 529 octodecies.

Artículo 529 septdecies. Remuneración de los consejeros por su condición de tal.

1. La política de remuneraciones de los consejeros determinará la remuneración de los consejeros en su condición de tales, dentro del sistema de remuneración previsto estatutariamente y deberá incluir necesariamente el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en aquella condición.

2. La determinación de la remuneración de cada consejero en su condición de tal corresponderá al consejo de administración, que tendrá en cuenta a tal efecto las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes.

Artículo 529 octodecies. Remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas.

1. La remuneración de los consejeros por el desempeño de las funciones ejecutivas previstas en los contratos aprobados conforme a lo dispuesto en el artículo 249 se ajustará a la política de remuneraciones de los consejeros, que necesariamente deberá contemplar la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se refiera, los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización.

2. Corresponde al consejo de administración fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general.

En estos preceptos, omitidos en la argumentación de la STS discutida, se pone de manifiesto de manera incontrovertible la contraposición entre los dos regímenes y el sistema dual por el que ha optado la LSC para la retribución de los consejeros según tengan atribuidas o no funciones ejecutivas. Aunque la sentencia refiera su doctrina declaradamente solo a las sociedades no cotizadas, no se puede admitir de ninguna manera que una misma expresión utilizada en diferentes lugares de la misma ley tenga distinto sentido. La redacción de los arts. 529 septdecies y octodecies tiene, desde el punto de vista que ahora interesa, valor de interpretación auténtica.

IV. Argumento sistemático.

El artículo 217 queda ubicado en el Capítulo II del título VI LSC bajo el epígrafe «Los administradores». El Capítulo VI, en el que se encuadra el artículo 249, lleva por título «El consejo de administración», la intitulación de los capítulos y su contenido respectivo, revelan el carácter de ley general de la regulación del artículo 217, aplicable a todos los administradores en general, con independencia de cuál sea su clase (único, mancomunados, solidarios, consejo) o la sociedad (incluso a las cotizadas) y del artículo 249 como *lex specialis*, y, como tal, preferente en la regulación del consejo de administración. El régimen retributivo de los consejeros ejecutivos está regulado en el art. 249 LSC, preferente por su condición de ley especial.

Afirma la STS: «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).». Para el TS, de no aplicarse esas retribuciones a los consejeros delegados, el precepto quedaría sin contenido. Pero el hecho de que el precepto no sea aplicable a los consejeros ejecutivos, no significa que quede privado de contenido. los sistemas de retribución que enumera el precepto son perfectamente aplicables a las otras formas simples de administración (único, solidario, mancomunado).

Razona el TS a propósito de la facultad del consejo de administración de distribuir entre sus miembros el conjunto de la retribución decidida por la junta general en los siguientes términos: «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.». El artículo 217 n.º 3 reitera que la facultad de distribución del consejo se refiere a los «administradores en su condición de tales», y la sentencia olvida que los administradores pueden ocuparse de funciones diferentes de carácter no ejecutivo en el consejo de administración (presidencia, vicepresidencia, secretaría, participación en comités de diversa naturaleza, con distintas responsabilidades, seguros de responsabilidad civil...). Esta facultad del consejo está desarrollada con mayor nitidez para las sociedades cotizadas en el artículo 529 septdecies n.º 2 LSC, demostrándose en todo su sentido la facultad de distribución por razón de los diversos cometidos o dedicaciones conferidos a los consejeros no ejecutivos.

V. Argumento lógico.

La doctrina de la STS conduce a un resultado extraño. En las sociedades no cotizadas, la retribución de los consejeros ejecutivos queda sometida a la aplicación cumulativa de dos pares de requisitos: reserva estatutaria y aprobación de la junta (art. 217 n.º 1 y 3 LSC) y celebración de contrato y aprobación por el consejo de administración (art. n.º 3 y 4 LSC). Lo reconoce expresamente la STS: «...La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLSC, de otra) es de carácter cumulativo, como sostiene el recurrente...». Desde el punto de vista lógico, no se entiende por qué se exige que la retribución del consejero deba figurar en un contrato si ya consta en el estatuto, ni por qué debe ser aprobado por el consejo de administración, y con exigencia de mayorías reforzadas, cuando antes la retribución haya sido aprobada por la junta general. La competencia del consejo, queda reducida a un contenido residual limitado a la fijación del importe de la retribución de cada consejero dentro del máximo anual fijado por la junta general. Pero, aun así entendido, el artículo 249 LSC queda desprovisto de contenido porque esa facultad del consejo ya está reconocida en el artículo 217 n.º 3 LSC.

Desde este punto de vista lógico cabría preguntarse, ¿no es absurdo exigir un régimen mucho más riguroso y restrictivo para la sociedad no cotizada que para la cotizada?

¿No es natural que el consejo de administración que elige al consejero ejecutivo, esté capacitado para fijar por sí solo de acuerdo con él las condiciones de su retribución?

¿No es más conforme esta solución con la naturaleza colegiada del órgano de administración que impone la obligación de acudir a fórmulas de delegación más o

menos amplias para acometer las funciones ejecutivas con la consiguiente necesidad de disponer de autonomía organizativa?

VI. Perspectiva finalista.

Parece que la preocupación mayor de la sentencia es proteger los intereses de los socios minoritarios que se consideran desatendidos por haberse dado la prevalencia al interés oscurantista de los administradores en asegurarse una retribución al margen del control de aquellos. Este criterio justifica la reacción con la intención de subvertir la considerada deficiente acción del legislador (cfr. n.º 13).

Frente a esa presuposición se puede afirmar que la reforma se decide por un modelo que tiene su reflejo en el derecho comparado y que responde a una realidad: cuando los socios deciden estructurar la administración de la sociedad bajo la forma del consejo lo hacen porque responde a sus intereses. Y si lo hacen, debe entenderse que son conscientes de las consecuencias de la elección. La forma del consejo de administración es la más compleja entre las diferentes opciones y tiene características que la singularizan frente a las otras formas de organización, singularmente la posibilidad de autocomposición dentro de los límites estatutarios, normalmente relajados, y más aún en la sociedad no cotizada.

No es insensato pensar que cuando el legislador ha decidido organizar de determinada forma la retribución de los integrantes del consejo lo ha hecho teniendo en cuenta la voluntad más presumible de todos los interesados, socios y consejeros.

Respecto de estos últimos, la conveniencia de mantener en el seno de la competencia del consejo las claves de su retribución, como factor determinante de su relación con la empresa, además de por otras razones de diferente índole que pueden relacionarse con la mayor facilidad de negociación o ser de índole estratégica, circunstancial o coyuntural.

Y en cuanto a los socios, no parece dudoso que disponen de instrumentos suficientes que permiten dar respuesta adecuada a su pretensión de conocer y controlar la retribución de los consejeros. Respecto de esto, la STS también mantiene un criterio negativo: «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...». El examen de las posibilidades reales de que disponen los socios desacredita la afirmación. Los socios minoritarios pueden pedir información a los administradores, por escrito, antes de la celebración de la junta o verbalmente durante la misma (art. 196 y 197 LSC), sin que proceda la facultad de denegación de los administradores (STS 30-nov-2011). Y pueden pedir la convocatoria de la junta general al efecto, cuando representen el cinco por ciento del capital social (art. 168 LSC). La junta general puede impartir instrucciones al órgano de administración sobre la retribución de los administradores (art. 161 LSC) o se puede fijar en estatutos la competencia de la junta general en ordenar a fijar la retribución de los consejeros (art. 160 j) LSC). El carácter dispositivo de las normas que regulan la cuestión hace posible la adaptación a las circunstancias de cada sociedad. En los casos más graves siempre está al alcance de los socios la posibilidad de revocar el nombramiento del administrador (arts. 223, 224 LSC) o ejercer la acción de responsabilidad, con legitimación de la minoría (art. 236, 238 y 239 LSC).

En definitiva, se estima que el sistema diseñado por el legislador atiende debidamente a todos los intereses en juego y no es necesario forzar la interpretación de los textos legales que están suficientemente claros.

Por último: respecto del sentido general de la sentencia, no se puede dejar sin referencia el disfavor con el que el juzgador mira el resultado de la acción legislativa, como se pone de manifiesto en las siguientes palabras:

«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».

La discrepancia legítima con la opción del legislador no justifica el intento de modificar por otra vía el significado de los textos legales y menos aun cuando su claridad se encuentra fuera de toda duda».

IV

El Registro Mercantil de Madrid, antes de cumplimentar el trámite de audiencia al notario autorizante de la escritura, ordenado en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, procedió a emitir su informe mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2018, firmado por el también registrador con el mismo destino don José Méndez-Castrillón Fontanilla, indicando que «se mantiene la calificación efectuada y se remite el expediente a la Dirección General, con la copia del título calificado, la calificación efectuada, el recurso y su informe», y añadiendo que «en su momento se remitirán las alegaciones del notario, si se recibieran».

V

El notario autorizante la escritura, don Francisco Javier Gardeazábal del Río, emitió su informe mediante escrito de 23 de agosto de 2018, donde hace constar que la comunicación de la interposición del recurso le fue notificada el día inmediato anterior y que se adhiere íntegramente al contenido del recurso por considerarlo ajustado a la legalidad vigente.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23, 217 a 220, 249, 249 bis y 529 sexdecies a 529 novodecies de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005, 27 de abril de 2007, 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010, 19 de diciembre de 2012, 18 de junio de 2013 y 26 de febrero de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002, 30 de julio y 5 de noviembre de 2015 y 17 de junio de 2016.

1. La cuestión que se debate en el presente recurso versa sobre la interpretación y aplicación de la reforma del régimen retributivo de los consejeros ejecutivos llevada a cabo 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 relación con dos párrafos de una concreta cláusula estatutaria, cuya redacción íntegra consta transcrita el antecedente I

de esta resolución. Como se ha indicado, el registrador Mercantil que la califica rechaza la inscripción de sus párrafos cuarto y quinto, referidos a la remuneración de los consejeros a quienes se encomienden funciones ejecutivas, por estimar que en ellos no se establece el sistema o sistemas a que debería ajustarse su determinación contractual, invocando al efecto los artículos 23, 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018.

Contra la calificación reseñada recurre la sociedad afectada, alegando fundamentalmente que la sentencia aducida por el registrador, al no contar con un refrendo de sus pronunciamientos en otras decisiones análogas del Alto Tribunal, no crea doctrina jurisprudencial, a lo que añade un conjunto de argumentos hermenéuticos conducentes a acreditar el desacierto del criterio mantenido en ella.

2. En la situación anterior a la Ley 31/2014, las previsiones que la Ley de Sociedades de Capital dedicaba a la remuneración de los administradores se hallaban ubicadas en el Capítulo II de su Título VI, dedicado a los administradores en general, y de este tema en concreto se ocupaban, sin distinción alguna entre las diferentes formas de organización de la administración social, los artículos 217 a 220, este último referido a las relaciones adicionales de prestación de servicios o de obra entre la sociedad de responsabilidad limitada y sus administradores.

A la luz de estas disposiciones, y de las que traían causa en los textos legales objeto de refundición, se elaboró por la jurisprudencia la denominada doctrina del vínculo (entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005, 29 de mayo de 2008, 19 de diciembre de 2012 y 18 de junio de 2013), por cuya virtud cualquier emolumento que un administrador recibiera de la compañía que le hubiera nombrado se encontraría englobado en la relación orgánica, de manera que debería contar en todo caso con el correspondiente respaldo estatutario. En este entorno, el ámbito de las prestaciones de servicios o de obra previstas en el artículo 220 para las sociedades de responsabilidad limitada, y su eventual remuneración independiente, quedaría reducido a las que tuvieran por objeto un cometido distinto de la gestión propia de la administración social (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005, 27 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2013).

El sistema de determinación estatutaria de la retribución de los administradores así descrito fue percibido por buena parte de la doctrina como inidóneo para facilitar la concesión a los administradores ejecutivos de una remuneración adicional a la que pudiera corresponderles como simples miembros del consejo de administración, dada la complejidad de las fórmulas empleadas para fijarla, su rápida mutabilidad y la aconsejable confidencialidad de su contenido, circunstancias disuasorias de su constancia en los estatutos y sometimiento a debate y aprobación por la junta general. En la práctica, como ya señalara la Resolución de este Centro Directivo de 12 de abril de 2002, la solución adoptada solía «discurrir al margen de toda previsión estatutaria, calificando esas relaciones como laborales especiales, de alta dirección», técnica de superposición de relaciones de difícil compatibilidad con la doctrina jurisprudencial que engloba las funciones de alta dirección en la relación mercantil propia del cargo de administrador.

3. La Ley 31/2014, entre otras cuestiones referentes al gobierno corporativo, modificó la Ley de Sociedades de Capital en materia de retribución de administradores. Por una parte, dotó de nueva redacción a los artículos 217 a 219, incrementando su densidad preceptiva con mantenimiento de los principios caracterizadores del régimen anterior, singularmente la reserva estatutaria y la competencia de la junta general para la fijación de las cuantías, si bien, con relación a estos dos aspectos, introduce la precisión de que el mandato de refiere a los «administradores en su condición de tales». Por otra parte, dentro del mismo Título VI, pero en este caso en el Capítulo VI, dedicado al consejo de administración, se incluyeron dos apartados (3 y 4) en el artículo 249, de contenido hasta entonces inédito en este lugar, referentes a la retribución de consejeros ejecutivos; en ellos se prevé que, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesaria la celebración de un contrato previamente aprobado por el propio consejo con el

voto de las dos terceras partes de sus miembros, que deberá ser incorporado como anejo al acta de la sesión, a la que el designado deberá abstenerse a de asistir y votar, y se especifica que en tal contrato, que habrá de «ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general», deberán detallarse «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», de manera que «el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato». Y finalmente, por lo que aquí interesa, dentro del Título XIV, atinente a las sociedades anónimas cotizadas, se añade una nueva Sección, la Tercera, relativa a las «especialidades de remuneración de los consejeros» e integrada por los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies, donde expresamente se atribuye al consejo de administración la competencia para «fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general».

4. La reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 fue interpretada por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la competencia del consejo de administración para fijar las retribuciones de los consejeros ejecutivos regía tanto para las sociedades cotizadas como para las no cotizadas, criterio del que también ha participado este Centro Directivo. Así, la Resolución de 30 de julio de 2015 declaró que el contrato era el lugar donde habrían de detallarse «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», aclarando que el «artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero esa política de retribuciones detallada, (...), no necesariamente debe constar en los estatutos», en la misma línea se pronunció la Resolución de 5 de noviembre de 2015. Con mayor detalle, la Resolución de 17 de junio de 2016 advierte que, conceptualmente, deben separarse dos supuestos, el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo; a partir de esta afirmación señala que «las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración», de manera que, cuando se opta por la fórmula compleja de administración colegiada (consejo de administración), «las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores)», mientras que «la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal», sino que tiene un carácter adicional «que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro», por lo que «la retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero».

5. Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dicta por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018, en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, con respecto a las sociedades no cotizadas, que «la relación entre el art. 217 TRLS (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLS no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 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», sino que la relación entre ellos es «de carácter cumulativo», de suerte que el régimen general será el contenido «en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos», mientras que el artículo 249 «contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores», así como respetar también «los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales» (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que «la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria». Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos «supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía –dentro del marco estatutario– a que hace mención el art. 249.bis.i TRLSC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSC», y que ese «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».

6. Como advierte el recurrente en su escrito, el criterio mantenido por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 es el único pronunciamiento dictado en tal sentido. Sin perjuicio de ello, conviene analizar las previsiones estatutarias cuestionadas por el registrador en su calificación a la luz de los pronunciamientos de la Sentencia, tarea que debe comenzar por la comparación del texto a que esta se refiere y el considerado en este recurso. La cláusula impugnada judicialmente excluía categóricamente toda reserva estatutaria y

competencia de la junta general de la compañía respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: «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 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital». Por el contrario, los dos párrafos cuya inscripción ha sido rechazada no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas (párrafo tercero) y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (párrafo cuarto).

Alega el registrador en su calificación que los párrafos censurados no establecen el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos. De la lectura del párrafo cuarto del artículo 18 presentado a inscripción resulta que en él se incluye la eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y del párrafo segundo del mismo artículo estatutario se desprende que también están incluidos los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento. Aun entendiendo que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la sentencia no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no puede apreciarse el mutismo que el Registrador aduce, por más que los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica. Así las cosas, puede decirse que la calificación negativa comporta una petición de principio, cual es que el texto estatutario será aplicado precisamente para contravenir la concreta interpretación de la legalidad que se defiende, sin que en su redacción consten indicios que permitan deducir necesariamente tal resultado.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 31 de octubre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.