

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12507 *Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XXIII de Madrid a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Fernando José Rivero Sánchez-Covisa, notario de Madrid, contra la negativa del registrador Mercantil XXIII de Madrid, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

El día 6 de abril de 2021 se otorgó escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Ingeniería e Instalaciones de Media y Baja Tensión, S.L.» ante el notario de Madrid, don Fernando José Rivero Sánchez-Covisa, por los que se modificaban, entre otros, el artículo 16 de los estatutos sociales, el cual quedó con la siguiente redacción:

«(...) 1. El cargo de Administrador será retribuido mediante una cuantía fija para cada ejercicio que será fijada por la Junta General de Socios.

Si el órgano de administración fuere un Consejo de Administración, además, los consejeros tendrán derecho a una indemnización por fallecimiento o cese, siempre y cuando el cese no esté motivado por el incumplimiento de las funciones del administrador. Corresponde, también, la Junta General de Socios fijar el importe anual máximo a percibir por estas indemnizaciones.

El importe anual máximo de dichas retribuciones o indemnizaciones será fijado por la Junta General de Socios, y dichos importes máximos permanecerán vigentes en tanto en cuanto no se apruebe su modificación por la Junta General de Socios.

(...) 3. Si el órgano de administración estuviere constituido por un Consejo de Administración, corresponderá al propio Consejo de Administración la fijación en cada ejercicio de la cantidad exacta a abonar a cada consejero dentro del límite fijado por la Junta General de Socios. Además, los consejeros tendrán derecho a una indemnización por fallecimiento o cese, siempre y cuando el cese no esté motivado por el incumplimiento de las funciones del administrador, dentro del límite general anual fijado por la Junta General de Socios. Igualmente, 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 sistemas de ahorro.

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 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 las condiciones de mercado.»

II

Presentada la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación negativa:

«Fernando Trigo Portela, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 3119/1042.

F. presentación: 08/04/2021.

Entrada: 1/2021/52.763,0.

Sociedad: Ingeniería e Instalaciones de Media y Baja Tensión.

Autorizante: Rivero Sánchez-Covisa Fernando José

Protocolo: 2021/684 de 06/04/2021.

Fundamentos de derecho (defectos).

1. Defecto subsanable: En cuanto a la remuneración prevista para los miembros del Consejo de Administración, a los que se les atribuya funciones ejecutivas, que consta en el tercer párrafo del punto 3 del nuevo artículo 16.º de los Estatutos Sociales, es necesario que la misma sea aprobada por la Junta General de la Sociedad, de conformidad con lo previsto en los Artículos 217 y 249 LSC y Sentencia del TS de 26 de febrero 2018.

Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...).

Madrid, 15 de abril de 2021.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Fernando José Rivero Sánchez-Covisa, notario de Madrid, interpuso recurso el día 28 de abril de 2021 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«1.º No se entiende por qué, habiendo sido solicitada la “inscripción parcial” de la escritura en el propio texto de la misma escritura, el Sr. Registrador Mercantil, decide “no inscribir” el documento (íntegro), cuando podrían haberse inscrito los demás acuerdos sociales, teniendo en cuenta que en dicha escritura se elevan a público otros acuerdos sociales distintos, como son la ratificación en el cargo como Administrador Único del Sr don J. J. L. y el cambio de domicilio de la sociedad. Podría, incluso, haber inscrito el artículo estatutario controvertido prescindiendo de aquellos párrafos del artículo que considera no inscribibles, Esto es desconociendo dicha solicitud de “inscripción parcial”.

2.º Esta cuestión fue resuelta por el Centro Directivo en su Resolución de 8 de noviembre de 2018 (Boletín Oficial del Estado de 29 de noviembre de 2018, ref. 16317), en la cual se realiza cita expresa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018. La Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve:

“4. 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 (citada por la registradora en la calificación impugnada), 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 TRLSL (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSL 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 TRLSL, 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 TRLSL, 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 TRLSL y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSL cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales’ (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 TRLSL, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSL, y dentro del importe máximo de la remuneración anual

del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 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'.

5. Debe advertirse que 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. Y la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad 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 ello, esta Dirección General en la reciente Resolución de 31 de octubre de 2018, ha considerado inscribibles otras cláusulas estatutarias que 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).

6. Hechas las anteriores aclaraciones, debe tenerse en cuenta que en el presente recurso es precisamente la interpretación del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto fue modificado por la Ley 31/2014, lo que constituye objeto de discusión. Como ya puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 5 de noviembre de 2015, de la literalidad del referido artículo 249 se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que 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. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo apartado 4 del mismo artículo 249 '(...) deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general'. Y, como añade dicha Resolución, es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, y el artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria. De los anteriores razonamientos debe concluirse que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción por los motivos expresados por la registradora en la calificación impugnada. En primer lugar, del contenido literal del apartado tercero del artículo 249, se desprende la existencia de la obligación de celebrar –en la forma legalmente indicada– el contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga con base en la autonomía de la voluntad que tales funciones ejecutivas se realicen gratuitamente, hipótesis en la que dicho contrato –accesorio de la relación orgánica de dicho administrador con la sociedad– podrá tener por objeto no solo la

previsión de determinadas cuestiones económicas (como, por ejemplo, indemnizaciones o resarcimiento de ciertos gastos en que incurra el administrador) sino la regulación de otros extremos propios de la relación orgánica del administrador o de su situación jurídica (concreción de determinadas obligaciones –por ejemplo, cláusulas de permanencia–, o de las consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo, etc.). Por este solo motivo debe ya entenderse que la calificación impugnada no está fundada en Derecho, pues la registradora se limita a presuponer que en el referido contrato se establece que el cargo de consejero delegado es retribuido, algo que no es sino mera conjetura. En segundo lugar, aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competiría a la registradora apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada”.

2. En los acuerdos elevados a público se establece claramente que el órgano es retribuido.

Se establece, además, la modalidad de retribución: “una cuantía fija que será fijada por la Junta general”.

Se establece esa cuantía fija máxima de retribución para todo el órgano de administración.

Y siguiendo el principio de flexibilidad fijado por el Tribunal Supremo, se atribuye al acuerdo del propio Consejo de Administración, la fijación de la distribución de esa retribución entre los Consejeros, dentro de la cuantía máxima fijada por la Junta General.

La retribución del Consejero Delegado quedará delimitada dentro del contrato entre Sociedad (por acuerdo del Consejo de Administración) y el propio Consejero delegado, y deberá respetar el límite máximo retribuido fijado por la Junta general, como límite común a todo el órgano de administración. Lo que “supone el reconocimiento de esa autonomía del Consejo dentro del marco estatutario”.

Dicha cláusula estatutaria (artículo 16.º de los Estatutos Sociales) se corresponde bien y fielmente con la cláusula estatutaria declarada válida e inscribible en virtud de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 2018 (Boletín Oficial del Estado de 20 de noviembre de 2018, ref. 15834): “antecedente de hecho” primero. Dicha cláusula estatutaria ha sido, de nuevo admitida como válida, con posterioridad a la Resolución de 8 de noviembre de 2018, por la Resolución DGRN de 12 de diciembre de 2018 (Boletín Oficial del Estado de 3 de enero de 2019, ref. 90), en los siguientes términos (F.D. 5.ª):

“5. Debe advertirse que 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. Y la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad 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 ello, esta Dirección General en la reciente Resolución de 31 de octubre

de 2018, ha considerado inscribibles otras cláusulas estatutarias que 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)».

Esta última de Resolución del Centro Directivo de 12 de diciembre de 2018 concluye, (F.D. 6.º:

“De los anteriores razonamientos debe concluirse que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción por los motivos expresados por el registrador en la calificación impugnada. En primer lugar, del contenido literal del apartado tercero del artículo 249, se desprende la existencia de la obligación de celebrar –en la forma legalmente indicada– el contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga con base en la autonomía de la voluntad que tales funciones ejecutivas se realicen gratuitamente, hipótesis en la que dicho contrato –accesorio de la relación orgánica de dicho administrador con la sociedad– podrá tener por objeto no solo la previsión de determinadas cuestiones económicas (como, por ejemplo, indemnizaciones o resarcimiento de ciertos gastos en que incurra el administrador) sino la regulación de otros extremos propios de la relación orgánica del administrador o de su situación jurídica (concreción de determinadas obligaciones –por ejemplo, cláusulas de permanencia–, o de las consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo, etc.). Por este solo motivo debe ya entenderse que la calificación impugnada no está fundada en derecho, pues no cabe presuponer que en el referido contrato se establece que el cargo de consejero delegado es retribuido, algo que no es sino mera conjetura. En segundo lugar, aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competiría al registrador apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil”».

IV

Mediante escrito, de fecha 6 de mayo de 2021, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General. En dicho informe afirmaba que cumplió lo establecido en el artículo 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil, y que el documento había sido objeto de despacho parcial, a solicitud del interesado, con excepción del artículo 16 de los estatutos sociales.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1255 del Código Civil; 23.e), 28, 217, 218, 219, 220, 227, 228, 232, 236, 249, 249 bis, 260, 529 quinceces, 529 septdecies, 529 octodecies, 529 novodecies y 541 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 y 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; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003, 16 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 23 de mayo de 2013, 25 de febrero, 12 de mayo, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014, 19 de febrero, 12 de

marzo, 30 de julio y 5 de noviembre de 2015, 10 de mayo y 17 de junio de 2016 y 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020 y 3 de febrero, 26 de abril y 25 de mayo de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no fundada la calificación según la cual el registrador suspende la inscripción de la cláusula de los estatutos relativa a la retribución de los miembros del consejo de administración a los que se les atribuya funciones ejecutivas –transcrita en el apartado I de los «Hechos» de esta Resolución– porque considera que esa remuneración debe ser aprobada por la junta general de la sociedad, de conformidad con lo previsto en los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2018.

2. Según el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, si es retribuido el cargo de los administradores deberá constar, en todo caso, en los estatutos sociales el sistema de retribución.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles –en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es “proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión”; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que “se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella”» (Sentencias número 893/2011, de 19 de diciembre, y número 412/2013, de 18 de junio).

Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse, repetidamente, sobre la materia en diversas Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, de las que resulta que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer.

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado en las Resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014, entre otras), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos.

3. Para resolver la concreta cuestión planteada en este expediente 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.

Como expresa el apartado III del Preámbulo de dicha ley modificadora, ésta tiene 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, «para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades

Cotizadas. El objetivo final de estos trabajos, tal y como indica el acuerdo, fue velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor». Añade que la citada Comisión presentó su informe el 14 de octubre de 2013 y «sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones se ha elaborado esta norma». En tal informe (apartado 4.10.1 –«Normas aplicables a todas las sociedades de capital»–) la Comisión proponía «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 de funciones ejecutivas».

Como consecuencia de ello, 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 se 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 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, dentro del Título XIV, atinente a las sociedades anónimas cotizadas, se añade una nueva Sección, la Tercera, relativa a las «Especialidades de la 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» (artículo 529 octodecies, apartado 2). Finalmente, esta última Sección ha sido recientemente modificada por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, si bien esta ley entrará en vigor el 13 de octubre de 2021.

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».

Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dictó 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, respecto de 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 TRLS, 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 acumulativo», de suerte que el régimen general será el contenido «en los arts. 217 a 219 TRLS, 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 TRLS y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLS 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 TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLS, 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 TRLS», 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».

Debe advertirse que la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad 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 ello, esta Dirección General, en la Resolución de 31 de octubre de 2018 (cfr., también las Resoluciones de 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 y 4 de junio de 2020), consideró inscribibles otras cláusulas estatutarias que 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 y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la literalidad del referido artículo 249 se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que 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. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo apartado 4 del mismo artículo 249 «(...) deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general». Pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria.

Por ello, este Centro Directivo, con las anteriores aclaraciones, y en la línea de flexibilidad que en la interpretación de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital patrocina la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 y siguen las citadas Resoluciones, ha admitido que aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o sólo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. De este modo se compatibiliza la debida protección de los socios, por cuanto se fijan en estatutos los posibles conceptos retributivos y se aprueba en junta general el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, con la adaptación a las necesidades de la práctica por cuanto se atribuye al consejo de administración la competencia de elegir, caso por caso, entre los distintos conceptos retributivos previstos en los estatutos aquellos concretos que deben incluirse en el contrato al que se refiere el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, sin necesidad de modificación estatutaria alguna.

4. De los anteriores razonamientos debe concluirse que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción por los motivos expresados por el registrador en la calificación impugnada, pues la cláusula ahora debatida es análoga a la admitida por este Centro Directivo en la referida Resolución de 31 de octubre de 2018 y se ajusta a los parámetros de lo establecido en los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 7 de julio de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.