

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16317 *Resolución de 8 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil II de Valencia a inscribir el nombramiento de consejero delegado de una sociedad anónima.*

En el recurso interpuesto por don Ubaldo Nieto Carol, notario de Valencia, contra la negativa de la registradora Mercantil II de Valencia número, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, a inscribir el nombramiento de consejero delegado de una sociedad anónima.

Hechos

I

El día 31 de mayo de 2018 se otorgó una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados el día 30 de diciembre de 2016 por la junta general de accionistas y por el consejo de administración de la sociedad «Labo France Espagne, S.A.», ante el notario de Valencia, don Ubaldo Nieto Carol, con el número 1.148 de protocolo. Entre tales acuerdos figura el nombramiento de consejero delegado de dicha sociedad; y se añade que «en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, se ha celebrado un contrato entre el Sr... (el nombrado consejero delegado) y la sociedad, que ha sido aprobado previamente por el Consejo de Administración también por unanimidad de los asistentes, si bien el afectado se ha abstenido de participar en la votación. El contrato aprobado se ha incorporado al acta de la sesión y cumple con las exigencias del artículo 249.4 de la Ley de Sociedades de Capital».

II

Presentada el día 19 de julio de 2018 la referida escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Laura María Cano Zamorano, Registradora Mercantil de Valencia Mercantil, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil ha resuelto practicar la inscripción del documento al tomo 6053, folio 85, inscripción 10, habiendo resuelto no practicar la inscripción de los extremos que constan a continuación conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 891/880.

F. presentación: 11/07/2018.

Entrada: 1/2018/20421,0.

Sociedad: Labo France Espagne, SA.

Hoja: V-59808.

Autorizante: Nieto Carol Ubaldo.

Protocolo: 2018/1148 de 31/05/2018.

Fundamentos de Derecho.

– Inscrito el precedente documento en el Registro Mercantil de esta Provincia, tomo 6.053, libro 3.359, de la Sección 8.^a, del Libro de Sociedades, folio 85, hoja número V-59.809, inscripción 10.^a- Salvo el nombramiento de Consejero Delegado de don I. J. F.,

en virtud de la solicitud de inscripción parcial contenida en la precedente, por los siguientes fundamentos de Derecho:

Por cuanto al señalarse en el acuerdo de nombramiento de Consejero Delegado, que fue aprobado el contrato previsto en el artículo 249 LSC, (se presupone que el cargo de Consejero Delegado es retribuido) sin que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejo Delegado conforme a la STS 26-11-2018. Insubsanable.

Para la subsanación del defecto: Modificar la redacción del Artículo 22.º de los Estatutos Sociales que regula el sistema de retribución del Órgano de Administración, que según resulta del Registro: «La actuación del Órgano de Administración no estará retribuida.», de manera que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejo Delegado.

Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil (...)

En relación con la presente calificación: (...)

Valencia, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Ubaldo Nieto Carol, notario de Valencia, interpuso recurso el día 10 de agosto de 2018 mediante escrito en el que alegaba los fundamentos jurídicos que, a continuación, se transcriben resumidamente:

«I. Incorrecta “presuposición” del carácter retribuido del cargo de consejero-delegado como consecuencia del contrato del art. 249 LSC.

1. Incorrecta presuposición del carácter retribuido del consejero delegado.

De acuerdo con el art. 217.1 TRLSC (“Remuneración de los administradores”), “el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

Por tanto, la regla general si los estatutos no dicen lo contrario, es la gratuidad, que se aplica si los estatutos no dicen nada o, como es el caso que nos ocupa, establecen el «carácter gratuito del cargo”.

2. Carácter necesario y contenido del art. 249 TRLSC.

Como señala F.J.L.S. (Comentario de la Reforma del régimen de las Sociedades..., p. 508 «el contrato entre la sociedad y los administradores delegados se ha de celebrar con carácter necesario cuando se proceda al nombramiento del administrador (sic) delegado. La celebración de este contrato se ha de producir por tanto en todo caso, también en los supuestos en los que el administrador delegado acepte desempeñar el cargo de manera gratuita».

Y continúa señalando: «El régimen de las sociedades de capital parte de la consideración de que el ejercicio de funciones ejecutivas por los consejeros sea remunerado, sin embargo, no lo impone expresamente. El apartado tercero del artículo 249 en el que se establece la necesidad de celebrar un contrato con la sociedad y los administradores delegados no hace mención a la remuneración. El apartado cuarto tiene por objeto la regulación de la manera en la que se debe prever en el contrato la remuneración de los administradores delegados y la prohibición de que puedan percibir cualquier clase de retribución por las funciones ejecutivas al margen del contrato celebrado. La aceptación por parte de los administradores delegados del carácter gratuito del cargo quedaría amparado por la autonomía de la voluntad».

(...).

Continúa el citado autor diciendo: «Asimismo, con fundamento en la autonomía estatutaria, se debería admitir que los estatutos fijaran que el cargo de administrador delegado fuera gratuito. Sin un mandato expreso del legislador, no parece que se pueda limitar la autonomía de los socios para determinar en los estatutos el carácter gratuito del cargo de los administradores, con independencia de la manera en la que se configure el órgano (...)

«El registrador mercantil deberá comprobar si se ha procedido no a la celebración del contrato entre la sociedad y el administrador delegado y rechazar la inscripción si la sociedad no manifiesta la existencia de este contrato. El necesario e imperativo de la celebración del contrato entre la sociedad y los administradores delegados justifica el control por parte del registrador de que el contrato se ha celebrado. No es necesario, en cambio, incluir el contrato aprobado en la solicitud de inscripción ni tampoco ha de ser objeto de calificación su contenido por parte del registrador mercantil. Resulta suficiente con lo expresado en la solicitud de la inscripción de la celebración del contrato (...)».

Además, como establece: la STS 494/2018, de 26 de febrero de 2018, en su fundamento jurídico. (F.J.) sexto.19, «la celebración de este contrato no solo permite concretar los distintos conceptos retributivos de la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos (lo que podía realizarse mediante un simple acuerdo del consejo de administración), sino que también se muestra como el medio adecuado de plasmar el consentimiento del consejero delegado o ejecutivo no solo en la aceptación del cargo sino también en su vinculación a los concretos términos retributivos y de toda índole en que se haya negociado su nombramiento, suficientemente desarrollados y detallados.

La relación entre el consejero delegado o ejecutivo y la sociedad se sustancia no solo por el nombramiento orgánico en un acuerdo de la junta (que le nombra consejero) y del consejo (que delega en él determinadas funciones) sino también mediante un negocio jurídico bilateral en el que pueden detallarse los términos y condiciones particulares conforme a los cuales debe desarrollarse la función de administrar por parte de quien ocupa el cargo de consejero delegado o ejecutivo, completando de esta forma las insuficiencias del cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato».

Como señala L.S. (...pp. 511-512), «la Ley de Sociedades de capital se ocupa únicamente de los aspectos retributivos del contrato entre la sociedad y los administradores delegados. No hay una referencia normativa expresa a las demás cuestiones que afectan a la relación entre los administradores delegados y la sociedad, En caso de silencio, lo dispuesto en el contrato se habrá de integrar tan el régimen de la Ley de Sociedades de Capital en relación con los deberes inherentes al ejercicio del cargo de administrador delegado. Por otro lado, el contrato entre la sociedad y los administradores delegados puede concretar y especificar los deberes legales así como determinar sus funciones de conformidad con las facultades que hayan sido objeto de delegación. En la práctica, es frecuente regular contractualmente de forma detallada aspectos del deber de diligencia, se suele prever un reforzamiento del deber de lealtad o del deber de secreto, el establecimiento de pactos de no competencia una vez concluida la relación con la sociedad, una regulación convencional sobre la terminación de la relación del administrador delegado con la sociedad, etc. Las disposiciones del contrato han de respetar, en todo caso, el marco normativo de las sociedades de capital y no pueden ser contrarias a lo dispuesto en esta regulación con carácter imperativo».

Por otra parte, continúa este mismo autor (ob. cit., p. 514), diciendo: este contrato podría incluir «la compensación por la sociedad de los gastos soportados por el administrador delegado en el ejercicio de las funciones ejecutivas, el pago de los desplazamientos, por ejemplo, no tiene la consideración de remuneración y, por tanto, no quedan afectados por la prohibición de recibir remuneraciones adicionales a las previstas en el contrato entre la sociedad y los administradores delegados. Tampoco tiene la consideración de remuneración la entrega por la sociedad al administrador delegado de tarjetas de crédito con la finalidad de facilitar la imputación a la sociedad de los gastos que se deriven del ejercicio del cargo».

En definitiva, que el contrato a celebrar entre la sociedad y el consejero-delegado puede y debe tener un contenido que no se limite, en su caso, a fijar su retribución, para lo que no sería necesario contrato alguno, siendo suficiente un simple acuerdo del consejo de administración como señala la STS 494/2018.

3. Aun considerándolo innecesario, en el caso que nos ocupa hay una presunción de gratuidad del cargo de consejero-delegado.

Admitiendo a los únicos efectos dialécticos que la existencia del contrato «presupone» que el cargo es retribuido; deberíamos concluir que se trataría de una presunción iuris tantum ya que no puede ser iuris et de iure puesto que el art. 217.1 TRLSC establece que el dicho cargo es gratuito salvo que se diga lo contrario.

Pues bien, en el caso que nos ocupa los estatutos sociales establecen claramente el carácter gratuito del cargo de administración; ¿podría un contrato establecer lo contrario a lo dispuesto en los estatutos? Por tanto, suponiendo que exista esa presunción de existencia de retribución, quedaría totalmente desvirtuada por el precepto estatutario que fija la gratuidad del cargo de administrador.

II. Incorrecta interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo 494/2018, de 26 de febrero de 2018.

Como veremos, la interpretación que, al parecer, hace la Registradora de esta STS, suponiendo que haga alguna, porque se limita a decir «conforme a la STS» (...), es totalmente errónea. Parece que entiende que la STS 494/2018, exige que se establezca en los estatutos sociales un «régimen específico de retribución» de los consejeros-delegados, no siendo suficiente el que se establezca para todo administrador cuando, como es nuestro caso, este es gratuito.

En primer lugar hay que tener muy presente el supuesto de hecho que se analiza por el TS y que es la siguiente: (...).

En definitiva, que es perfectamente admisible una cláusula que establezca, como es el caso de la sociedad que nos ocupa, el carácter gratuito del cargo de administrador y, por ello, ese mismo carácter tendrá el cargo de consejero-delegado.

(...).

Por tanto, si el cargo de administrador es gratuito lo es para todos los casos y no se exige establecer un régimen de retribución específico para el caso de consejeros-delegados.

(...).

III. Inadmisibles consecuencias económicas y sociales de la calificación de la registradora.

A la vista de la solución dada por la registradora, para la subsanación de este presunto defecto habría que modificar el sistema de retribución del órgano de Administración. Por tanto, todas las sociedades de capital en cuyos estatutos se fijen todos los Sistemas alternativos de administración y, además, el carácter gratuito del cargo de administrador, que son numerosísimas, cuando se opte por la forma de consejo de administración y se designe un consejero-delegado, habrá que modificar, sus estatutos sociales.

Esta conclusión (...) implica unos costes económicos para las sociedades que no están justificados socialmente por lo que no son de recibo.

Si no hay retribución para ningún administrador, no se requiere especificar que para el consejero-delegado tampoco la hay.

Incluso diferenciando como lo hacía la doctrina y la propia DGRN, la retribución de los administradores «en su condición de tales» y la remuneración de los administradores delegados por las funciones ejecutivas, que es lo que ahora rechaza de plano la STS 494/2018, tampoco sería necesaria dicha reforma estatutaria como señala F.J.L.S. (ob. cit. pp. 512-513) (...).

Pero, como hemos señalado, esta opinión es anterior a la STS 494/2018 porque tras ella la conclusión es clara: «El art. 217 TRLSC Sigue regulando, como indica su título, la «remuneración de los administradores» y su apartado primero exige que los estatutos sociales establezcan, si no se quiere que el cargo sea gratuito, el carácter remunerado del mismo y determinen el sistema de remuneración del «cargo de administrador». El precepto no distingue entre distintas categorías de administradores o formas del órgano de administración» (FJ Sexto.3).

IV. Soluciones alternativas al problema.

(...):

1. Que el representante de la sociedad «manifieste» que el cargo de consejero-delegado es gratuito.

2. Que se diga que no hay contrato alguno (porque se entiende que si hay contrato hay retribución).

La primera solución, no es de recibo. ¿Tiene que manifestarse lo que es obvio por establecerlo así los estatutos? ¿Tiene más validez una manifestación que un precepto estatutario?

La segunda, entiendo que es contra legem. El art. 249.3 TRLSC es taxativo: "Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros [...]».

IV

Mediante escrito, de fecha 20 de agosto de 2018, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

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 quince, 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, y 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 de 2018.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público los acuerdos de la junta general de accionistas y del consejo de administración de una sociedad anónima por los cuales se nombra a determinada persona consejero y consejero delegado de la misma añadiéndose que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, se ha celebrado un contrato entre el señor nombrado consejero delegado y la sociedad, que ha sido aprobado previamente por el consejo de administración también por unanimidad de los asistentes, y que dicho contrato cumple con las exigencias del artículo 249.4 de dicha ley.

La registradora deniega la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, «(...) al señalarse en el acuerdo de nombramiento de Consejero Delegado, que fue aprobado el contrato previsto en el artículo 249 LSC, (se presupone que el cargo de Consejero Delegado es retribuido) sin que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejo Delegado conforme a la STS 26-II-2018». Y añade que el defecto se puede subsanar modificando la redacción del artículo 22 de los estatutos sociales inscritos, según el cual «la actuación del Órgano de Administración no estará retribuida», de modo que se regule estatutariamente el sistema de retribución del consejo delegado.

2. Respecto del contenido del contrato que debe celebrarse entre el consejero delegado y la sociedad, es necesario tener en cuenta 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. 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, 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, 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».

3. 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».

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 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», 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 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».

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.

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, 8 de noviembre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.