



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 11, 2019. Artículo 9
<https://doi.org/10.21134/lex.v0i11.1658>

LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2018: ¿FLEXIBILIDAD O FRAGILIDAD?

M^a del Carmen Ortiz del Valle

Profesora Ayudante Doctor
Departamento de Ciencia Jurídica
Área de Derecho Mercantil
Universidad Miguel Hernández de Elche

Una de las cuestiones que más debate ha suscitado desde siempre en el ámbito del derecho de sociedades es el relativo a la retribución de los consejeros ejecutivos y, en concreto, en lo que se refiere a la constancia estatutaria de su retribución. De ahí la importancia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 635) y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) surgidas con posterioridad a la misma.

Tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, por la que se modifica de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, parece que la discusión existente sobre el régimen retributivo de los consejeros ejecutivos quedó zanjada. En este sentido la mayoría de la doctrina consideró que, tras los cambios introducidos por la Ley 31/2014, la remuneración de los administradores en general debía cumplir los requisitos de constancia estatutaria y aprobación en junta establecidos en el artículo 217 LSC. Por el contrario, en caso de que existiera un consejo de administración con consejeros ejecutivos bastaba con que su remuneración viniera establecida en el contrato a que se refiere el artículo 249 LSC. Su remuneración, por tanto, no estaría sometida en ningún caso a la reserva estatutaria ni a la aprobación por la junta general del importe de la remuneración. Esta tesis fue aceptada por la práctica totalidad de la doctrina, así como por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en diversas resoluciones¹.

La STS de 26 de febrero de 2018 modifica esta interpretación y así sostiene que la remuneración

de los consejeros ejecutivos debe constar también en los estatutos, debe ajustarse a los límites máximos impuestos por los socios, regirse por las reglas de los artículos 271 y ss. y, además, recogerse en un contrato que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 249 apartados 3 y 4². Entiende el Tribunal Supremo 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 (...), 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 (...) es de carácter cumulativo, (...). El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLSC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. (...)” El art. 249, por su parte, “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

¹ Nos permitimos remitirnos a nuestro trabajo “La retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades de capital: constancia estatutaria de la retribución y autonomía del contrato”, en *La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva multidisciplinar*, CAMACHO DE LOS RÍOS, ESPIGARES HUETE, VELASCO FABRA (Dir.) ORTIZ DEL VALLE (Coord.), Cizur Menor, 2019, pp.281-324.

² Esta sentencia ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina. Así, PAZ-ARES, C., “Perseverare diabolicum”, *Diario La Ley*, núm. 9165, 2018 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”, *Almacén de Derecho*, 5 de marzo de 2018. También ha comentado la sentencia CABANAS TREJO, R., “La sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?”, *Diario La Ley*, núm. 9193, 2018.

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”

Ahora bien, añade el Tribunal Supremo en el fundamento 23^o, la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los administradores “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 (...). La atribución al consejo de esta competencia supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía dentro del marco estatutario que, a juicio del Tribunal Supremo, debe ser entendido de una forma más flexible permitiendo “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”

Y es este llamamiento a la flexibilidad que realiza el Tribunal Supremo el argumento que ha servido de base a las resoluciones de la DGRN dictadas sobre esta materia para negar, en los

supuestos de hecho concretos que vamos a exponer a continuación, la aplicación del régimen de los artículos 217 y ss. a la remuneración de los consejeros ejecutivos.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tras la sentencia del Tribunal Supremo

1. Resolución de 31 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4846)

Esta resolución trae su causa de la negativa del Registro Mercantil de Madrid a inscribir los párrafos 4^o y 5^o del siguiente artículo de los estatutos:

“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”.

Se deniega la inscripción por el registrador de los párrafos mencionados por no establecerse el sistema o sistemas de retribución de los consejeros a los que se les atribuyen funciones ejecutivas y remite a lo dispuesto en los artículos 23, 217 y 249 LSC y a la STS de 26 de febrero de 2018.

Contra dicha calificación del registrador la sociedad afectada recurre alegando fundamentalmente que la sentencia aducida por el registrador, al no contar con un refrendo de sus pronunciamientos en otras decisiones análogas del Tribunal Supremo no crea doctrina jurisprudencial. Argumento al que también recurre la Dirección General para fundamentar su decisión, aunque no es el único que utiliza.

Así, tras exponer la evolución de la teoría del vínculo, de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014 y del criterio mantenido por el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia, recurre al fundamento 23^o (transcrito anteriormente) de la sentencia en el que el Alto Tribunal hace un llamamiento a la interpretación flexible de su nuevo criterio. Sin embargo, advierte la Dirección General, pese a realizar esa llamada 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 el Tribunal Supremo 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 TRLSC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los ad-

ministradores 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”.

Sentado la anterior, recuerda la DGRN que la Sentencia del Tribunal Supremo es el único pronunciamiento dictado en este sentido. No obstante, añade, conviene analizar las previsiones estatutarias cuestionadas cuya inscripción ha sido denegada comparándolas con el texto del artículo estatutario que constituye el fundamento de hecho en la Sentencia. Según el mismo “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”. Los dos párrafos cuya inscripción ha sido rechazada, por el contrario, “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 LSC (párrafo cuarto)”. La cláusula calificada, por tanto, no es igual a la que se enjuició por el Tribunal Supremo pues no excluye el control estatutario o de la junta general.

Asimismo, alega el registrador en su calificación que los párrafos cuya inscripción se deniega no establecen el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos. Sin embargo, la Dirección General entiende que de la lectura del párrafo cuarto del artículo 18 se desprende 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 fallecimiento³. Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la DGRN que “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 usua-

³Entiende ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Retribución de consejeros y estatutos”, *La Ley Digital*, núm. 14012, 2018, que este argumento puede parecer algo forzado “porque los sistemas recogidos en los estatutos lo están casi incidentalmente al reproducirse literalmente el art. 249.4 y en consecuencia las menciones que este hace al contenido del contrato, que incluyen estos conceptos retributivos. Además, no parece que sean únicamente esos sistemas en los que está pensando el artículo estatutario (como reconoce la resolución al hacer referencia a que «los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica»). No obstante lo anterior, añade que “En la situación de incertidumbre creada por la sentencia la DGRN adopta una posición que considera prudente y globalmente acertada.”

les 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”.

Por todo ello, la DGRN acuerda estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

2. Resoluciones de 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018

Procedemos al análisis conjunto de ambas resoluciones en la medida en que el supuesto de hecho de una y otra es análogo y la postura de la Dirección General en una y en otra es idéntica. De hecho, en la resolución de 12 de diciembre se hace una remisión expresa al razonamiento expuesto por la Dirección General en su resolución de noviembre.

El objeto de la resolución de 8 de noviembre es el recurso planteado contra la calificación negativa del Registro Mercantil de Valencia de inscribir el nombramiento del consejero delegado de una sociedad en cuyo acuerdo de nombramiento se incluyó la siguiente redacción: “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”.

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 (RJ 2018, 635). 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.

Tras unas consideraciones iniciales en las que la Dirección General hace referencia a la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (haciendo hincapié en el ya mencionado fundamento 23º y en el hecho de que es el único pronunciamiento del Tribunal Supremo hasta la fecha) y a la resolución de 31 de octubre, se centra en el objeto del presente recurso que no es sino la interpretación del artículo 249 LSC.

Comienza su argumentación la Dirección General recordando que, 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”

Dicho esto, la DGRN decide estimar el recurso y revocar la calificación impugnada por dos razones:

En primer lugar, del contenido literal del artículo 249.3, se desprende la existencia de la obligación de celebrar un contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga que tales funciones ejecutivas se realicen gratuitamente. En esta hipótesis dicho contrato 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 ello, la DGRN entiende 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, sostienen la DGRN que “aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 635) 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”.

Conclusiones

El llamamiento a la interpretación flexible propugnado por el Tribunal Supremo en el fundamento 23 de la sentencia de 26 de febrero de 2018 permite que la DGRN se aleje en las resoluciones comentadas de la postura mantenida por el Alto Tribunal. Y se centra, para justificar ese trato diverso, en las particularidades de los supuestos de hecho que dan lugar a cada una de las resoluciones.

Entendemos que la convivencia entre estatutos, acuerdos de la junta y contratos de administración es más que aconsejable. Habrá que estar a los hechos concurrentes en cada supuesto pero no hay duda de que tras la sentencia del Tribunal Supremo los esfuerzos se centran, y han de centrarse aún más en el futuro, en hacer posible esa compatibilidad entre reglas societarias y reglas contractuales. Y han sido, y serán, los Registradores Mercantiles quienes asuman en gran medida esa labor en aras de la seguridad jurídica. Mientras tanto, como ya otros autores han avanzado, habrá que esperar a otras resoluciones para saber si la interpretación que se propugna se consolida o no. Mucho nos tememos que conviene afinar bastante: porque corremos el riesgo de que la flexibilidad anunciada torne en fragilidad. Y ya se sabe que ambos conceptos son incompatibles.

