

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 90** *Resolución de 12 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil sustituto I 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 del registrador Mercantil de Valencia, don Miguel María Molina Castiella, como sustituto del registrador Mercantil I de Valencia, don Rodolfo Bada Maño, a inscribir el nombramiento de consejero delegado de una sociedad anónima.

#### Hechos

##### I

El día 10 de agosto de 2018, ante don Ubaldo Nieto Carol, notario de Valencia, con el número 1.739 de protocolo, se otorgó una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados el día 26 de junio de 2018 por la junta general de accionistas y por el consejo de administración de la sociedad «Discema, S.A.». Entre tales acuerdos, figuraba la reelección de consejero delegado de dicha sociedad; y se añadía 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 don E. T. G. [el reelegido 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 14 de agosto de 2018 la referida escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos:

Diario/Asiento: 893/878.  
F. presentación: 31/07/2018.  
Entrada: 1/2018/24521,0.  
Sociedad: Discema, S.A.  
Hoja: V-21145.  
Expedido por: F. A. C.

#### Fundamentos de Derecho:

– Siendo que el cargo de miembro del Órgano de Administración tiene carácter gratuito o no retribuido; y siendo el régimen de retribuciones necesariamente y sólo el establecido en Estatutos, como ha declarado la STS de 26 de Febrero de 2018 para todos los integrantes del órgano de administración; sólo cabe concluir que no es

precedente la celebración del contrato al que se refiere el art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en que se detalle el sistema retributivo que en coherencia con los Estatutos, es inexistente. Defecto de carácter denegatorio.

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 veintitrés de agosto de dos mil dieciocho».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Ubaldo Nieto Carol, notario de Valencia, interpuso recurso el día 17 de septiembre de 2018 mediante escrito en el que alegaba los fundamentos jurídicos que, a continuación, se transcriben:

«I. Incorrecta "conclusión" de que no es necesario el contrato del art. 249 LSC.

Dice literalmente el Registrador en su calificación "siendo que el cargo de miembro del órgano de administración tiene carácter gratuito o no retribuido; y siendo el régimen de retribuciones necesariamente y solo el establecido en estatutos, como ha declarado la 5TS de 26 de febrero de 2018 para todos los integrantes del organización; solo cabe concluir que no es procedente la celebración del contrato al que se refiere el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en que se detalle el sistema retributivo que en coherencia con los estatutos, es inexistente".

De acuerdo con el art. 249 LSC: 3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

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

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

Como se ve, el artículo 249.3 LSC establece que «cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad [...]

La LSC es taxativa: el contrato es necesario. Ni el Registrador, ni siquiera el TS, puede concluir lo contrario. De hecho, el Alto Tribunal nada dice al respecto y es el Registrador, quien partiendo de la errónea idea que en un contrato sólo pueden incluirse «conceptos retributivos», deduce que de la citada sentencia se concluye que no puede existir contrato cuando el cargo es gratuito.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, establece, entre otros, los siguientes significados de la palabra "necesario" [...]:

"1. adj. Dicho de una persona o una cosa: Que hace falta indispensablemente para algo.

2. adj. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder.

3. adj. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo".

En definitiva, que un contrato "necesario" significa que es indispensable, forzoso, obligado (y lo contrario a "voluntario").

Por otra parte, en el artículo 249.4 LSC se dice: "En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato."

En ningún caso dice que el contenido único del contrato sea la retribución del Consejero-delegado. Se deben detallar los conceptos retributivos (cuando los haya) y, en ningún caso, podrá percibirse cantidad o concepto alguno que no esté previsto en el contrato. Pero en un contrato caben cuestiones distintas a las meramente retributivas.

1. Carácter necesario del contrato del artículo 249 TRLSC.

Como señala F. J. L. S. ([...] 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 careo 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."

Por tanto, de este apartado cuarto sólo se establece que "se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas" y que "no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato". Y esto no es lo mismo que decir que el cargo es retribuido.

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 que se configure el órgano (administrador único, consejo de administración, etc.) tanto respecto de las funciones de los administradores en cuanto tales como para las funciones ejecutivas. En la práctica, en sociedades cerradas en las que sean los propios socios los que se encargan de la gestión social, la previsión estatutaria del carácter gratuito del cargo expresa la voluntad de los todos de que sea la participación en los beneficios la fuente de rentabilidad de la inversión efectuada y de su contribución al desarrollo del objeto social, de una manera similar a como se plantea en las sociedades personalistas. El carácter gratuito del cargo de los administradores delegados también se suele dar en sociedades familiares,-en sociedades unipersonales o en el caso de los grupos."

"El registrador mercantil deberá comprobar si se ha procedido o no a la celebración del contrato entre la sociedad y el administrador delegado y rechazar la inscripción del nombramiento si la sociedad no manifiesta la existencia de este contrato. El carácter 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 la expresión en la solicitud de la inscripción de la celebración del contrato, Por otro lado, los efectos del contrato se producen desde la fecha prevista en el propio contrato y, en caso de silencio, desde el momento de su celebración. Ahora bien, como la inscripción del nombramiento del administrador delegado tiene carácter constitutivo, se puede considerar la inscripción como una suerte de condición de eficacia del contrato entre la sociedad y el administrador delegado en la medida en que el contrato regula la relación de la sociedad con el administrador delegado y esta relación no comienza a producir efectos en tanto en cuanto no se proceda a la inscripción del nombramiento."

2. Contenido del contrato del art. 249 TRLSC.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 1254 del Código Civil (CC), "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Y de acuerdo con el art. 1088 CC "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa". Pero no hay ningún precepto que obligue a que los contratos tengan carácter retribuido. Es más, tal como establece el art. 1711 CC, "a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito."

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 estatuto legal del cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato.

Como señala L. S. (Ob. cit., 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 con él 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."

Son muchas las cuestiones que pueden y de hecho se incluyen en este tipo de contratos: cuestiones relativas al estatus del consejero-delegado, por ejemplo, la contratación de la secretaria personal de su elección por la sociedad o de un equipo de personal de confianza; otros elementos personales y materiales de apoyo (tipo de vehículo con chófer que se debe poner a su disposición por cuenta de la sociedad, gama de ordenador portátil o de teléfono móvil,...), Obligaciones del Consejero-delegado en materia de representación de la sociedad en Asociaciones empresariales o de otro tipo, incluso en determinados actos sociales.

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.

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

Como veremos, la interpretación que hace el Registrador de esta STS 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:

"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 249.2e de la Ley de Sociedades de Capital."

Como concluye la STS en su FJ.24: "Una cláusula estatutaria como la controvertida, que prevé que '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', no es conforme al régimen legal de retribución de los administradores y, en concreto, de los consejeros ejecutivos, tal como ha quedado diseñado en nuestro Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tal como ha resultado interpretado en esta sentencia, puesto que la posibilidad de fijar una retribución para los consejeros delegados es contradictoria con el carácter gratuito del cargo de administrador que se expresa en la cláusula, no se establece sistema de remuneración alguno para los consejeros ejecutivos, es más, se declara que no es necesaria previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, y se excluye expresamente el acuerdo de la junta que fije el Importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores por el ejercicio de su cargo."

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.

Y ello porque como señala la STS en su FJ Sexto.16, 17 y 18, como consecuencia de lo expuesto, el sistema (de retribución) diseñado en la TRSLC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles.

El primero está constituido por los estatutos sociales, que conforme a lo previsto en el art. 217.1 y 2 y 23.e TRLSC han de establecer el carácter gratuito (bien expresamente,

bien por no tener previsión alguna al respecto) o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fular el sistema de retribución, que determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los previstos con carácter ejemplificativo en el art. 217.2 TRLSC.

17. El segundo nivel está constituido por los acuerdos de la junta general, a la que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (art. 217.3 TRLSC, primer Inciso), sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones, como resulta de los arts. 249.4, 11 y 249.bis.1 TRLSC, que contemplan este acuerdo con carácter eventual ("en su caso") en las sociedades no cotizadas, puesto que en el caso de las sociedades cotizadas el acuerdo que establezca la política de remuneraciones es preceptivo (art. 529 novodécies TRLSC). Este límite máximo fijado por la Junta «permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación» (art. 217.3 TRLSC, primer inciso). [...]

18. El tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores. Salvo que la junta general determine otra cosa, a ellos corresponde, conforme al artículo 217.8 TRLSC, la distribución de la retribución entre los distintos administradores, que se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tornar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

Como se ve, estos distintos niveles de determinación de la retribución del consejero-delegado, parten de un requisito previo que está "en el primer nivel", que como ha señalado el TS está «constituido por los estatutos sociales, que conforme a lo previsto en el artículo 217.1 y 2 y 23.e TRLSC han de establecer el carácter gratuito (bien expresamente, bien por no tener previsión alguna al respecto) o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución.

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.

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

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

En concreto, cuando se trata de un consejo de administración, no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos.

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

En definitiva, la "previsión estatutaria" respecto a la gratuidad del cargo de administrador es aplicable, como dice la STS "para todo cargo de administrador" y, por tanto, como es nuestro caso, para el consejero-delegado.

Aunque con lo dicho ya parece innecesario abundar en la citada STS, en la misma se argumenta cómo se llega a las conclusiones anteriores. Así, en su FJ Sexto.1 se dice: "Este tribunal no comparte las conclusiones que la Audiencia Provincial alcanza sobre el significado de la reforma que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha realizado en el

régimen legal de la remuneración de los administradores sociales. Consecuentemente, tampoco comparte la doctrina que ha establecido la DGRN sobre esta cuestión."

En el FJ Segundo.5 se resume esa posición: «Tras analizar las modificaciones introducidas en la regulación de la retribución de los administradores sociales en el TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y explicar las tesis contrapuestas que existían sobre la interpretación de los nuevos preceptos legales, optó por la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN), para quienes a nueva regulación consagra una dualidad de regímenes retributivos; uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta previsto en el artículo 217.3 TRLSC; y otro para los consejeros ejecutivos, que quedaría al margen del sistema general del artículo 217 y que se regula en el artículo 249.3 TRLSC. Como conclusión de lo anterior, "la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general."

La Audiencia Provincial afirmó también en su sentencia:

"Somos conscientes que el cambio legal puede comprometer la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo, sobre todo en las llamadas sociedades cerradas que pueden buscar la forma de administración mediante un órgano colegiado y consejero delegado con la finalidad de eludir los controles de la Junta."

Por último, la sentencia hacía referencia a la doctrina establecida en varias resoluciones de la DGRN dictadas en los años 2015 y 2016 y reproducía ampliamente la última de ellas, de 17 de junio de 2016, que asumía como fundamento de su decisión.

Pues bien, el TS establece además del argumento ya visto en su F.J. Sexto.3, en su F.J. Sexto.9, otro argumento para considerar que la reserva estatutaria prevista en el art. 217 TRLSC para el sistema de retribución de los administradores es también aplicable a los consejeros delegados y ejecutivos lo encontramos en el art. 249.bis.i TRLSC, introducido por la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

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

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

#### IV

Mediante escrito, de fecha 21 de septiembre 2018, el registrador Mercantil I de Valencia, don Rodolfo Bada Maño, 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 septecientos, 529 octocientos, 529 novecientos 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 y 8 de noviembre 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 reelige a determinada persona como 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 dicho señor 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.

El registrador deniega la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, «siendo que el cargo de miembro del Órgano de Administración tiene carácter gratuito o no retribuido; y siendo el régimen de retribuciones necesariamente y sólo el establecido en Estatutos, como ha declarado la STS de 26 de Febrero de 2018 para todos los integrantes del órgano de administración; sólo cabe concluir que no es procedente la celebración del contrato al que se refiere el art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en que se detalle el sistema retributivo que en coherencia con los Estatutos, es inexistente».

La cuestión debatida es análoga a la que fue objeto de la Resolución de esta Dirección General de 8 de noviembre de 2018, por lo que debe resolverse en el mismo sentido.

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 dictó por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018 (citada por el registrador 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 TRLSC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales» (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que «la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de

administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria». Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos «supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía dentro del marco estatutario a que hace mención el art. 249.bis.i 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 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 8 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 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.

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, 12 de diciembre de 2018.-El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.