

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

**24308** *Resolución de 21 de octubre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles I de Vizcaya a inscribir la escritura de modificación de estatutos de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don I. E. G., en nombre y representación y como secretario del consejo de la sociedad «Baimen, SA», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Vizcaya, doña María Begoña Ruiz Alutiz, a inscribir la escritura de modificación de estatutos de dicha sociedad.

#### Hechos

I

El día 11 de junio de 2024, ante el notario de San Sebastián, don Gaspar Rodríguez Santos, con el número 908 de protocolo, se otorgó escritura de elevación a público de los acuerdos adaptados por la junta general de la sociedad «Baimen, SA» el día 5 de junio de 2024 por los que se modificaba el artículo 22 de los estatutos de dicha sociedad, de modo que quedaba redactado de la siguiente forma:

«Artículo 22.º Retribución. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los siguientes apartados, los administradores no serán renumerados en su condición de tales.

2. Los consejeros delegados y aquellos a los que se hubiesen atribuido funciones ejecutivas de dirección o gerencia, por cualquier título conforme a la ley, tendrán derecho a percibir una retribución por el ejercicio de dichas funciones, que será determinada por el Consejo de Administración con los requisitos previstos en la legislación mercantil en cada momento vigente. Para ello se requerirá la celebración de un contrato entre el consejero y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con las debidas formalidades legales.

3. Dicha remuneración será determinada con arreglo a los límites y requisitos previstos por la legislación mercantil, deberá guardar una proporción razonable con la importancia y la situación económica en cada momento de la compañía o, en su caso, del grupo mercantil del que ésta fuera sociedad dominante, así como con los estándares de mercado de empresas o grupos comparables, y los conceptos retributivos que percibirán anualmente los administradores serán determinados por la Junta General y consistirán en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija, hecha efectiva de forma dineraria, en especie o mixta;
- b) dietas de asistencia;
- c) una retribución variable, según indicadores o parámetros generales de referencia;
- d) aportación a sistemas de ahorro o previsión social;
- e) suscripción de seguro de responsabilidad civil;
- f) una indemnización por cese no motivado por el incumplimiento de sus funciones como administrador.

4. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores con funciones ejecutivas será aprobado por la Junta General, y permanecerá vigente en tanto no se acuerde modificación. Salvo que la Junta determine otra cosa, la distribución

de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo del Consejo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades ejercidas por cada uno de ellos.

5. Los consejeros que no desarrollen funciones ejecutivas en virtud de delegación de facultades o de cualquier otro título podrán percibir retribución por la realización de trabajos distintos a su condición de administrador.»

## II

Presentada el día 11 de julio de 2024 la referida escritura en el Registro Mercantil de Vizcaya, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

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

### Hechos.

Diario/Asiento: 2024/2441.

F. presentación: 11/07/2024.

Entrada: 1/2024/11.035,0.

Sociedad: Baimen Sociedad Anónima.

Hoja: BI-2564-A.

Autorizante: Gaspar Rodríguez Santos.

Protocolo: 2024/908 de 11/06/2024.

### Fundamentos de Derecho.

1. Se suspende la inscripción del precedente documento porque el apartado 3 del artículo 22 de los estatutos vulnera lo dispuesto en el artículo 217 LSC ya que no determina el sistema de retribución, sino que deja al arbitrio de la junta general la elección de alguno o varios de los previstos en los estatutos. Según doctrina de la DGSJFP, Resoluciones de 12/11/2003, 25/02/2014 y 5/12/2023 entre otras, es necesario que los estatutos determinen uno o más sistemas concretos de retribución de manera que en ningún caso quede al arbitrio de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser acumulativos pero no alternativos.

La nota de calificación ha sido practicada de conformidad con los demás titulares registrales de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil. La precedente nota de calificación podrá ser revisada o aclarada, previa manifestación de las alegaciones oportunas, por cualquiera de los Registradores Mercantiles de Bizkaia. Asimismo, puede (...).

Bilbao, diecisiete de julio de dos mil veinticuatro.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don I. E. G., en nombre y representación y como secretario del consejo de la sociedad «Baimen, SA», interpuso recurso el día 22 de julio de 2024 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Primero. El pasado 5 de junio de 2024 se celebró la Junta General Ordinaria y Universal de Socios de Baimen, SA, en cuyo punto 4.º del Orden del Día se trató la modificación del artículo 22.º de los Estatutos Sociales (retribución administradores) de tal forma que pasaba a tener la siguiente redacción:

“Artículo 22.º Retribución. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los siguientes apartados, los administradores no serán renumerados en su condición de tales.

2. Los administradores que efectivamente realicen funciones ejecutivas, de dirección o gerencia por cualquier título conforme a la ley, tendrán derecho a percibir una retribución por el ejercicio de tales funciones. En el supuesto de que el órgano de administración revista la forma de Consejo, para ello se requerirá la celebración de un contrato entre el consejero y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con las debidas formalidades legales [sic].

3. Dicha remuneración será determinada con arreglo a los límites y requisitos prevenidos por la legislación mercantil, deberá guardar una proporción razonable con la importancia y la situación económica en cada momento de la compañía o, en su caso, del grupo mercantil del que ésta fuera sociedad dominante, así como con los estándares de mercado de empresas o grupos comparables, y los conceptos retributivos que percibirán anualmente los administradores serán determinados por la Junta General y consistirán en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija, hecha efectiva de forma dineraria, en especie o mixta;
- b) dietas de asistencia;
- c) una retribución variable, según indicadores o parámetros generales de referencia;
- d) aportación a sistemas de ahorro o previsión social;
- e) suscripción de seguro de responsabilidad civil;
- f) una indemnización por cese no motivado por el incumplimiento de sus funciones como administrador.

4. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores con funciones ejecutivas será aprobado por la Junta General, y permanecerá vigente en tanto no se acuerde modificación. Salvo que la Junta determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo del Consejo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades ejercidas por cada uno de ellos.

5. Los administradores que no desarrollen funciones ejecutivas en virtud de cualquier título conforme a la ley [sic] podrán percibir retribución por la realización de trabajos distintos a su condición de administrador.”

Esta modificación fue aprobada por unanimidad de los socios.

Segundo. (...).

Tercero. De la no aplicación del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como se ha expuesto en los antecedentes, la Registradora parece fundamentar su calificación negativa en la interpretación que realiza del art. 217 LSC y, más en concreto, en la aplicación (que estimamos indebida, como se expondrá a continuación) a los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas del que se ha dado en llamar “principio de determinación estatutaria” (o eso creemos), conforme al cual los estatutos deben identificar el sistema o sistemas de remuneración de los administradores.

En su opinión, (i) la remuneración de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas no tiene el grado de determinación y concreción que exige el principio de determinación estatutaria, al que parece hacer referencia, tal y como viene siendo interpretado por la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, “DGRN”), y (ii) la cláusula estatutaria no precisa las circunstancias que permiten concretar la remuneración estos consejeros ni el órgano competente para ello.

Entendemos que el error en el que incurre la calificación negativa de la Sra. Registradora está precisamente en entender aplicable a la remuneración de los consejeros derivada del ejercicio de funciones ejecutivas el art. 217 LSC, interpretación que, consideramos, no puede sostenerse tras la reforma operada por la Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora de gobierno corporativo (en adelante la “Reforma” o la “Ley 31/2014”).

Debemos aquí recordar lo que comienza rezando el apartado primero del artículo que se intenta inscribir: "...los administradores no serán remunerados en su condición de tales". Es decir, los administradores no van a cobrar en ningún caso por el desempeño de sus funciones. Y continúa en el punto 2: "Los administradores que efectivamente realicen funciones ejecutivas, de dirección o gerencia por cualquier título conforme a la ley, tendrán derecho a percibir una retribución por el ejercicio de tales funciones". Por tanto, a partir de aquí lo que se determina es un sistema de retribución por funciones ejecutivas de los administradores, no por sus funciones de administrador.

En las páginas que siguen expondremos que las reglas que deben aplicarse a la remuneración de los consejeros ejecutivos no son las del art. 217.2 y 3 LSC, como señala el [sic] Sra. Registradora, sino las previstas en sede de delegación de funciones y, más en concreto, en los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC –introducidos por la Reforma como norma especial para regular la remuneración de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas–.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, las reglas y principios en materia de remuneración y, en particular, el principio de determinación estatutaria del art. 217 LSC, se aplicaban con carácter general a todos los administradores, con independencia de las funciones concretas que cada administrador tuviera encomendadas en la sociedad. En ese sentido, la opinión mayoritaria de nuestra doctrina y jurisprudencia era que los consejeros ejecutivos no podían percibir por el desempeño de sus funciones ejecutivas en la sociedad ninguna remuneración contractual que no estuviese incluida expresamente en los estatutos sociales, siendo necesario por tanto que los sistemas de remuneración por el ejercicio de sus funciones ejecutivas tuviesen la correspondiente cobertura estatutaria.

Como hemos apuntado, la Ley 31/2014 reformó profundamente el régimen de remuneración de los administradores de las sociedades de capital. Sin duda, la novedad más importante en este ámbito es el reconocimiento de la existencia de dos clases de remuneraciones diferenciadas: una para los administradores "en su condición de tales" prevista en el art. 217.2 y 3 LSC, y otra para los consejeros ejecutivos por sus funciones específicas, regulada en el art. 249.3 y 4 LSC.

En virtud de las citadas normas, para la remuneración de los administradores o consejeros "en su condición de tales" se exige constancia estatutaria y aprobación de un importe máximo por la junta general (art. 217.2 y 3 LSC), mientras que para la remuneración de los consejeros ejecutivos se establece la necesidad de suscribir un contrato, que deberá ser aprobado por dos tercios de los miembros del consejo, en el que deben detallarse todos los conceptos por los que el consejero puede obtener una retribución por sus funciones ejecutivas, de tal forma que el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de estas funciones cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato (art. 249.3 v 4 LSC).

Traemos aquí a colación nuevamente el apartado número 2 de nuestro precepto estatutario en el que se prevé la necesidad de formalizar ese contrato al que hacíamos referencia en el apartado anterior: "En el supuesto de que el órgano de administración revista la forma de Consejo, para ello se requerirá la celebración de un contrato entre el consejero y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con las debidas formalidades legales".

Como decíamos, la premisa básica de la que arranca la tesis que ha inspirado la Reforma es que "el cometido inherente al cargo de administrador" (que en la Ley 31/2014 se expresa con la función que realiza el administrador "en su condición de tal") no tiene un contenido fijo, sino variable. Por otro lado, en los casos de un consejo de administración, las únicas funciones que se consideran inherentes al cargo de consejero son las funciones de determinación de la política y estrategia general de la sociedad así como las funciones de supervisión y control (funciones que ahora el nuevo art. 249 bis LSC tipifica como funciones indelegables del conjunto de los miembros del consejo).

Según esta tesis, el desempeño de la función ejecutiva no resulta inherente al nombramiento como miembro de un consejo de administración, sino que debe vincularse

a la delegación de funciones del artículo 249 LSC, esto es, a que se atribuya expresamente esa función (sea vía delegación orgánica o por cualquier otro título). Siendo así, el consejero ejecutivo estará unido a la sociedad por una doble relación: una básica como consejero (relación de administración ordinaria) y otra adicional por las competencias delegadas (relación de administración derivada), lo que obliga a reconocer dos clases de remuneraciones con dos regímenes diferentes. La retribución de la función de determinación de políticas y estrategias generales y la función de control y supervisión de los órganos delegados, en tanto que es inherente al cargo de consejero, debe alojarse en el art. 217 LSC. Sin embargo, la retribución de la función ejecutiva, en tanto no es inherente al cargo, no debe alojarse en el art. 217 LSC, sino en sede de delegación de funciones (ahora, tras la Reforma, en el art. 249.3 y 4 LSC) y, por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria.

Se apoya igualmente la Sra. Registradora en diversas Resoluciones de la DGSJFP. Nos centraremos brevemente en la última de ellas, del año 2023, por ser la más actualizada y por contener la misma doctrina de las otras dos. En dicha resolución se recurría la no inscripción de un artículo sobre retribución de administradores que comenzaba así en su párrafo primero:

1. El cargo de administrador, en su condición de tal será retribuido.

Recordemos que en nuestro primer precepto indicábamos: Sin perjuicio de lo dispuesto en los siguientes apartados, los administradores no serán remunerados en su condición de tales. De un simple vistazo podemos observar que no estamos ante el mismo supuesto de hecho por cuanto en la resolución empleada por la Sra. Registradora se está analizando el sistema de retribución de los administradores en su condición de tales mientras que, en nuestro caso, los administradores no serán remunerados en su condición de tales.

En la citada resolución, tras el precepto indicado, se desarrollaba el sistema de retribución de los administradores en su condición de tales y efectivamente no cumplía los requisitos del artículo 217 LSC mientras en que nuestro caso, como decimos, desarrollamos el sistema de retribución de las funciones ejecutivas (en su caso) de los administradores que las lleven a cabo por lo que, insistimos, no es de aplicación el artículo invocado por la Sra. Registradora.

Por último, y por no extendernos demasiado, debemos traer a colación la Resolución de 30 de julio de 2015 de la DGRN, en la que se viene a resolver una cuestión sustancialmente idéntica a esta en la que La Dirección estima el recurso por entender que, efectivamente, no es de aplicación el art. 217 de la LSC, toda vez que se estaban fijando los criterios retributivos para las funciones ejecutivas de los administradores que las desempeñen. En nuestro caso, como ya hemos explicado, los administradores no cobran por su condición de tales, por lo que no hay obligación de concretar ningún tipo de remuneración de acuerdo con el artículo 217 LSC y lo que tratamos de inscribir es un sistema de remuneración por las funciones ejecutivas de éstos.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 7 de agosto de 2024, la registradora Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General. En dicho informe afirmaba que, el día 29 de julio de 2024, se dio traslado del recurso interpuesto al notario autorizante de la escritura calificada, sin que se haya recibido comunicación alguna por su parte. Añadía que, «como se aprecia claramente la redacción del apartado segundo del artículo 22 que se recoge en el recurso (...) es totalmente distinta a la que consta en la certificación que se incorpora a la escritura objeto de calificación».

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1255 del Código Civil; 23.e), 28, 217, 218, 219, 220, 529 quinceces, 529 septdecies, 529 octodecies, 529 novodecies y 541



del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido 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, 17 de diciembre de 2015, 19 de Septiembre de 2017, 26 de febrero de 2018 y 13 de mayo de 2021; 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, 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 y 9 de agosto de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020, 3 de febrero, 26 de abril, 25 de mayo y 7 de julio de 2021 y 4 y 5 de diciembre de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no fundada la calificación según la cual la registradora suspende la inscripción de la cláusula de los estatutos sociales relativa a la retribución de los miembros del consejo de administración a los que se les atribuya funciones ejecutivas –transcrita en el apartado I de los «Hechos» de esta Resolución– porque considera que vulnera lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital ya que no determina el sistema de retribución, sino que deja al arbitrio de la junta general la elección de alguno o varios de los previstos en los estatutos.

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles –en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es “proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión”; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que “se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella” (...)» (Sentencias número 893/2011, de 19 de diciembre, 412/2013, de 18 de junio, y 708/2015, 17 de diciembre).

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

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado en las Resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013, 17 de junio de 2014, 9 de agosto de 2019, 26 de abril, 25 de mayo y 7 de julio de 2021 y 4 y 5 de diciembre de 2023, entre otras), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún

caso quede al arbitrio de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos.

3. Para resolver la concreta cuestión planteada en este expediente no pueden ignorarse las modificaciones introducidas sobre esta materia en la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo.

Como expresa el apartado III del Preámbulo de dicha ley modificadora, ésta tiene como antecedente directo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 (publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo), por el que se crea una Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, «para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. El objetivo final de estos trabajos, tal y como indica el acuerdo, fue velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducirlas 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 día 14 de octubre de 2013 y «sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones se ha elaborado esta norma». En tal informe (apartado 4.10.1 –«Normas aplicables a todas las sociedades de capital»–) la Comisión proponía «que los estatutos de las sociedades deberán establecer el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones como administradores (“por su condición de tal” –o de “tales”–), y que podrán percibir una remuneración consistente en una retribución fija o variable, en dinero o en especie, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución en acciones, sistemas de ahorro, cualquier otro mecanismo admisible o una combinación de distintas modalidades y que la remuneración anual del conjunto de los administradores deberá ser aprobada por la junta (artículo 217 de la LSC)». Y añade lo siguiente: «Por otra parte, también resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas (en virtud de un nuevo título, sea este de delegación orgánica, o contractual de facultades). La fijación de su retribución corresponde al Consejo de Administración si bien, dada su trascendencia y los posibles conflictos de interés a los que puede dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso –ya que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas– adopte la junta». Termina expresando que «para ello se propone, siguiendo el artículo 231.97.3 de la PCM [Propuesta de Código Mercantil], introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 249 de la LSC que regule el régimen de aprobación y documentación de la retribución de consejeros por el desempeño adicional de funciones ejecutivas».

Como consecuencia de ello, la Ley 31/2014, entre otras cuestiones referentes al gobierno corporativo, modificó la Ley de Sociedades de Capital en materia de retribución de administradores. Por una parte, dotó de nueva redacción a los artículos 217 a 219, incrementando su densidad preceptiva con mantenimiento de los principios caracterizadores del régimen anterior, singularmente la reserva estatutaria y la competencia de la junta general para la fijación de las cuantías, si bien, con relación a estos dos aspectos, introduce la precisión de que el mandato se refiere a los «administradores en su condición de tales». Por otra parte, dentro del mismo Título VI, pero en este caso en el Capítulo VI, dedicado al consejo de administración, se incluyeron dos apartados (3 y 4) en el artículo 249, de contenido hasta entonces inédito en este

lugar, referentes a la retribución de consejeros ejecutivos; en ellos se prevé que, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesaria la celebración de un contrato previamente aprobado por el propio consejo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, que deberá ser incorporado como anejo al acta de la sesión, a la que el designado deberá abstenerse a 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, dentro del Título XIV, atinente a las sociedades anónimas cotizadas, se añade una nueva Sección, la Tercera, relativa a las «especialidades de la remuneración de los Consejeros» e integrada por los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies, donde expresamente se atribuye al consejo de administración la competencia para «fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general» (artículo 529 octodecies, apartado 2). Finalmente, esta última Sección fue modificada por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

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



Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dictó por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018, en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, respecto de las sociedades no cotizadas, que «la relación entre el art. 217 TRLS (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLS no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLS, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219», sino que la relación entre ellos es «de carácter acumulativo», de suerte que el régimen general será el contenido «en los arts. 217 a 219 TRLS, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos», mientras que el artículo 249 «contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al “marco estatutario” y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores», así como respetar también «los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLS y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLS cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales» (fundamento 21).

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

sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales».

Debe advertirse que la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: «El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital». Por ello, esta Dirección General, en la Resolución de 31 de octubre de 2018 (cfr., también las Resoluciones de 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018, 4 de junio de 2020 y 26 de abril, 25 de mayo, 7 de julio y 16 de noviembre de 2021, entre otras), consideró inscribibles otras cláusulas estatutarias que no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la literalidad del referido artículo 249 se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo apartado 4 del mismo artículo 249 «(...) deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general». Pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria.

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

4. De los anteriores razonamientos, y limitado el presente recurso a la calificación registral en los términos en que ha sido formulada (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), debe concluirse que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción por los motivos

expresados por la registradora en la calificación impugnada, pues la cláusula cuestionada en su calificación no deja al arbitrio de la junta general la elección de alguno o varios de los previstos en los estatutos para los administradores, sino que se limita a establecer únicamente respecto de la remuneración prevista para miembros del consejo de administración a los que se hubiesen atribuido funciones ejecutivas que los conceptos retributivos que percibirán anualmente esos administradores serán determinados por la junta general y consistirán en uno o varios de los que se especifican, lo que está admitido por este Centro Directivo conforme a lo establecido en los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

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

Madrid, 21 de octubre de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.