

## Doctrina reciente de la DGRN sobre la retribución de los consejeros ejecutivos

La DGRN ha vuelto a pronunciarse sobre la retribución de los consejeros ejecutivos en sus resoluciones de 31 de octubre de 2018 y 8 de noviembre de 2018. En ambos casos ha admitido la inscripción de determinados actos - modificación de estatutos y nombramiento de consejero delegado- cuya adecuación al criterio sostenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 en materia de retribución de los consejeros ejecutivos no era clara. No obstante, las consecuencias que pueden derivarse de ambas resoluciones son limitadas.

**Sergio Sánchez.** Procesal. Valencia

Tras la relevante sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (la “**Sentencia del TS**”), la Dirección General de los Registros y del Notariado (“**DGRN**”) ha tenido ocasión de volver a pronunciarse sobre la espinosa cuestión de la retribución de los consejeros ejecutivos de sociedades de capital en sus resoluciones de 31 de octubre de 2018 y 8 de noviembre de 2018.

Para un correcto entendimiento de la cuestión, es oportuno recordar que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la reforma 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 (“**LSC**”), realizada por la Ley 31/2014, de 23 de diciembre (la “**Reforma**”), supuso un cambio radical en el tratamiento de las retribuciones de los conse-

jeros ejecutivos. En efecto, a diferencia de lo que había sido el criterio legal hasta el momento, la lectura conjunta de los artículos 217 y 249 de la LSC, en la redacción dada por la Reforma, llevaba a concluir que el establecimiento y determinación de la retribución de los consejeros ejecutivos quedaba remitida al contrato aprobado por el consejo de administración que preceptivamente debe celebrarse con el consejero en cuestión, sin necesidad de ningún tipo de previsión estatutaria. Dicha interpretación había sido acogida expresamente por la DGRN en sus resoluciones de 30 de julio de 2015, 15 de noviembre de 2015 y 17 de junio de 2016.

No obstante, la Sentencia del TS llegó a un entendimiento distinto al afirmar que, tras la Reforma, la retribución de los consejeros ejecutivos seguía rigiéndose por las reglas

generales aplicables a todos los administradores. La aplicación de este criterio presupone, en la práctica, la necesidad de que los estatutos prevean los sistemas retributivos aplicables a los consejeros ejecutivos y que la cuantía de la remuneración de estos últimos respete el límite global aprobado por la junta general. Además, y de forma cumulativa, debe celebrarse con los consejeros ejecutivos el contrato previsto por el artículo 249.3 de la LSC. Es cierto, sin embargo, que la Sentencia del TS, consciente de los fines de la Reforma, señaló la necesidad de interpretar con flexibilidad las reglas legales aplicables a la retribución de los consejeros ejecutivos, aunque no llegó a concretar las consecuencias que debían derivarse de dicha interpretación.

Como veremos a continuación, las dos resoluciones citadas mantienen una posición deliberadamente ambigua en la cuestión que nos ocupa y admiten la inscripción en el registro mercantil de determinados actos de las sociedades relacionados con la retribución de los ejecutivos cuyo respeto al criterio que se deduce de la Sentencia del TS es dudoso, sin manifestar, sin embargo, una posición de abierto rechazo a ese criterio.

### **LA RESOLUCIÓN DE 31 DE OCTUBRE DE 2018**

La resolución estima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil a inscribir la siguiente cláusula estatutaria:

*«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 de asistir [sic] 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 ad-*

*ministradores, los consejeros podrán realizar cualquier tipo de suministro de servicios susceptible de ser prestados por terceros con arreglo a condiciones de mercado».*

Como puede observarse, la cláusula establece que los consejeros, en cuanto tales, tienen derecho a percibir dietas por asistencia a las sesiones del consejo y a una indemnización por cese injustificado en el cargo, siempre que se respete el límite global aprobado por la junta general para el conjunto de consejeros. La cláusula continúa señalando que los consejeros ejecutivos tienen derecho a percibir una retribución específica por el desempeño de funciones ejecutivas, cuyos conceptos —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— deben ser detallados en el contrato previsto por el artículo 249.3 de la LSC.

El registrador mercantil rechazó la inscripción porque, acogiéndose a la tesis sostenida por la Sentencia del TS, entendía que los sistemas retributivos aplicables a los consejeros ejecutivos debían estar previstos en los estatutos sociales, sin que fuera admisible la remisión que la cláusula analizada realizaba al contrato previsto por el artículo 249.3 de la LSC.

En la resolución analizada, la DGRN comienza recordando que la Sentencia del TS es la única que, hasta la fecha, se ha pronunciado en el sentido señalado, de lo que se sigue que no ha fijado doctrina jurisprudencial. Pese a

ello, el órgano directivo manifiesta la conveniencia de tenerla en cuenta, aunque señala que el caso que se somete a su examen es distinto a aquel que resolvió el Alto Tribunal porque la cláusula estatutaria hace referencia a algunos conceptos retributivos.

En particular, la resolución indica que la cláusula *“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 fallecimiento”*.

A continuación, el órgano directivo indica que no es claro, a la luz de la tesis patrocinada por la Sentencia del TS, que sea exigible que los conceptos retributivos aplicables a los consejeros estén previstos en los estatutos sociales. No obstante, la DGRN concluye señalando que, aun suponiendo que la normativa exija la constancia estatutaria —cuestión sobre la que no se pronuncia—, no puede afirmarse que tal requisito haya sido vulnerado, porque la cláusula estatutaria analizada prevé algunos sistemas retributivos y no puede presumirse, *a priori*, que el contrato —que es ajeno a la calificación del registrador— vaya a establecer sistemas no previstos en aquella. La corrección de este último razonamiento de la DGRN plantea dudas porque, en realidad, la cláusula estatutaria no hace más que reproducir el contenido del artículo 249.4 LSC, sin pretensión de determinar los sistemas concretos

aplicables a la retribución de los consejeros ejecutivos.

### **LA RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2018**

La resolución estima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil a inscribir el nombramiento de un consejero delegado porque el acuerdo indicaba que se había celebrado con el citado consejero el contrato previsto en el artículo 249 de la LSC, sin que los estatutos hubieran previsto el sistema retributivo aplicable. Como es notorio, al problema que apunta el registrador tiene su origen en la aplicación del criterio auspiciado por la Sentencia del TS.

La DGRN pone de manifiesto que, aunque la celebración del contrato con el consejero ejecutivo es preceptiva de conformidad con el artículo 249.3 de la LSC, no es necesario, sin embargo, que establezca una retribución, siendo admisible, por el contrario, que las funciones ejecutivas sean desempeñadas de forma gratuita. Con ello, viene a señalar que la calificación incurre en una petición de principio porque parte de la suposición de que dicho contrato establece una retribución. La resolución declara, además, que el contrato no es inscribible y que su calificación excede de la competencia del registrador mercantil.

Los argumentos expuestos, que son muy concluyentes, bastaban para justificar la calificación impugnada. No obstante, la DGRN no se resiste a volver a señalar que, a la luz de la Sentencia del TS y de la flexibilidad que patro-

cina en este ámbito, no es diáfano que sea necesario que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos estén previstos en los estatutos sociales.

## CONSIDERACIONES FINALES

La lectura de las resoluciones citadas solo permite alcanzar algunas limitadas conclusiones. La primera de ellas es que el carácter retribuido de la prestación de funciones ejecutivas por los consejeros debe tener cobertura estatutaria. La segunda —que no planteaba dudas relevantes— es que el contrato previsto en el artículo 249.3 de la LSC escapa a la calificación del registrador mercantil. A partir de ahí, sin embargo, siguen suscitándose cuestiones muy relevantes cuya respuesta no es clara.

La primera de ellas tiene que ver con la necesidad de que los estatutos prevean los concretos sistemas de retribución aplicables a los consejeros ejecutivos. La resolución de 31 de octubre de 2018 es deliberadamente ambigua en este punto, en la medida en que el razonamiento formal que conduce a la estimación del recurso descansa en el hecho de que la cláusula estatutaria hacía referencia a algunos sistemas retributivos hipotéticamente aplicables a los consejeros ejecutivos. Como ya hemos indicado, la recta interpretación de la cláusula debía haber llevado a pensar que lo que estaba realmente contemplando era una remisión en bloque al contrato previsto en el artículo 249.3 de la LSC. La única consecuencia práctica que puede extraerse de la resolución es que, salvo que cambie de criterio, la DGRN no será particularmente exigente en

este punto y admitirá cualquier cláusula estatutaria de perfiles semejantes a la analizada. Con ello, sin embargo, no está resuelto el problema de fondo porque, como la misma resolución viene a reconocer implícitamente, no es descartable a la luz de la Sentencia del TS que la utilización en el marco contractual de sistemas retributivos no previstos en los estatutos sea considerada —por nuestros tribunales— contraria a la normativa aplicable en la materia.

La segunda cuestión que puede plantearse es si sería suficiente con que los estatutos establecieran varios sistemas posibles, quedando facultado el consejo de administración para optar por alguno de ellos a efectos de su utilización en el contrato. Tal posibilidad podría encontrar acomodo en la tesis favorable a la flexibilidad que sostiene —y no concreta— la Sentencia del TS. Así se ha mantenido en nuestra doctrina.

La tercera cuestión que puede plantearse es si las retribuciones de los consejeros ejecutivos también están sujetas al límite global anual aprobado por la junta general que prevé el artículo 217.3 de la LSC. La resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018 no se pronuncia sobre esta cuestión, aunque lo cierto es que la cláusula estatutaria admitida por ella solo sometía expresamente a dicha limitación a las retribuciones de los consejeros, en cuanto tales, y no a las de los consejeros ejecutivos. No obstante, el criterio sostenido por la Sentencia del TS se opone, claramente, a esta posibilidad.