

# FORO DE ACTUALIDAD

## ESPAÑA

### PRIMERAS REACCIONES DE LA DGRN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2018 SOBRE REMUNERACIÓN DE CONSEJEROS EJECUTIVOS: RESOLUCIONES DE 31 DE OCTUBRE, 8 DE NOVIEMBRE Y 12 DE DICIEMBRE DE 2018

#### Primeras reacciones de la DGRN a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 sobre remuneración de consejeros ejecutivos: resoluciones de 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018

Tras la controvertida sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, en la que el TS, en contra del entendimiento mayoritario de la doctrina y de la DGRN de que la remuneración de los consejeros ejecutivos se rige únicamente por lo dispuesto en el art. 249 LSC, afirmó que en la determinación del régimen retributivo de los consejeros ejecutivos tienen que cumplirse de forma cumulativa los requisitos del art. 217 y siguientes de la LSC (reserva estatutaria y aprobación de la junta del importe máximo de retribución) y los del art. 249 LSC (celebración de un contrato aprobado por 2/3 del consejo de administración con la abstención del consejero afectado), la DGRN emitió con fechas 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 sus primeras resoluciones sobre la cuestión. Amparándose en (i) el llamamiento a una flexibilidad interpretativa que hizo el Tribunal Supremo en su fallo de 26 de febrero, (ii) las diferencias en la redacción de la cláusula estatutaria enjuiciada por la sentencia y en las cláusulas analizadas en las resoluciones administrativas y (iii) el hecho de que la sentencia del TS no constituye jurisprudencia, la DGRN decide apartarse de la doctrina categórica del fallo y convalidar en los tres casos los actos cuya inscripción deniega el Registro con base en la sentencia del Supremo.

#### First reactions of the DGRN to the ruling of the Supreme Court of 26 February 2018 on remuneration of executive directors: resolutions of 31 October, 8 November and 12 December 2018

After the controversial ruling of the Spanish Supreme Court of 26 February 2018, in which the Court, against the understanding of the majority of the scholars and the General Directorate of Registries and Notaries that the remuneration of executive directors is solely governed by art. 249 of the Spanish Companies Law, stated that when determining the remuneration regime of the executive directors the requirements of art. 217 and following of the Spanish Companies Law (statutory reserve and approval by the general shareholders' meeting of the maximum remuneration amount) and those of art. 249 of the Spanish Companies Law (execution of an agreement approved by 2/3 of the board with the abstention of the affected director) have to be complied with cumulatively, the General Directorate of Registries and Notaries issued on 31 October, 8 November and 12 December 2018 its first resolutions on this matter. Relying on (i) the call for an interpretative flexibility made by the Supreme Court in the 26 February ruling, (ii) the differences in the wording of the bylaws provision judged by the ruling and the provisions analyzed in the administrative resolutions and (iii) the fact that the ruling of the Supreme Court does not constitute case law, the General Directorate of Registries and Notaries decides to step away from the categorical doctrine of the ruling and validate in all three cases the acts which registration is denied by the Registry on the basis of the Supreme Court ruling.

#### PALABRAS CLAVE

Ley 31/2014, remuneración de administradores, consejeros ejecutivos, consejeros delegados, reserva estatutaria, Sentencia de 26 de febrero de 2018.

#### KEY WORDS

Law 31/2018, remuneration of directors, executive directors, chief executive officers, statutory reserve, Ruling of 26 February 2018.

Fecha de recepción: 5-9-2018

Fecha de aceptación: 15-9-2018

#### INTRODUCCIÓN: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 2018

En el número 48 de esta revista, publicado en mayo de 2018, se incluyó en la sección de “Foro de

Actualidad” un resumen de la Sentencia n.º. 98/2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 (en adelante, la “Sentencia”) así como de las reacciones doctrinales publicadas hasta la fecha de dicho trabajo, firmado por quien suscri-

be este nuevo artículo. Aunque nos remitimos al referido documento para una exposición detallada del pronunciamiento del Tribunal Supremo y del análisis de los autores que criticaron o alabaron dicho fallo, cabe recordar aquí el veredicto de la Sentencia. En contra de la interpretación que se entendía pacífica y que venían defendiendo la DGRN y el sector mayoritario de la doctrina, los magistrados del Tribunal Supremo concluyeron que los consejeros a los cuales se les atribuyen facultades ejecutivas están sometidos, además de a lo dispuesto en el art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la “LSC”), al régimen establecido en los arts. 217 LSC y siguientes, que exigen reserva estatutaria y aprobación de la junta del importe máximo de retribución. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma que ambos regímenes no son alternativos, sino que deben aplicarse con carácter cumulativo a la retribución de los consejeros ejecutivos. Por tanto, en la opinión del Tribunal, la remuneración de los consejeros ejecutivos debe estar prevista en los estatutos, ser ajustada a los límites máximos impuestos por los socios, regirse por las reglas establecidas en el art. 217 LSC y siguientes y, además, plasmarse en un contrato que cumpla con todas exigencias de los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC.

No obstante, aunque la Sentencia es absolutamente clara sobre la postura del Tribunal Supremo a favor de la acumulación de los requisitos establecidos en los arts. 217 LSC y siguientes y 249 LSC en la determinación de la remuneración de los consejeros, el fallo concluye en su fundamento 23º con una llamada a una mayor flexibilidad que -pudiendo entenderse de diversas maneras- parece atender a un ánimo conciliador en la interpretación de su dura ruptura con la opinión mayoritaria existente hasta la fecha sobre la cuestión.

En efecto, los magistrados del TS finalizan su razonamiento con una matización cuyo alcance no queda del todo claro, estableciendo 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 entre los distintos administradores y, en su caso, decidir sobre el contenido del contrato que deba firmar el consejero ejecutivo en el que se regulen los términos de su retribución “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*”. El Tribunal entiende que la atribución legal de estas facultades al consejo “supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía «dentro del marco estatutario» a que hace mención el artículo 249.bis.(i)”, concluyendo que “este ámbito de autonomía, dentro de un marco estatutario entendido de 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”.

Como comentamos en nuestro artículo publicado el año pasado, algunos autores que optaron por acatar -resignadamente- las conclusiones de la Sentencia (por ejemplo, R. Cabanas Trejo: *La sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?*, Diario La Ley, nº. 9193, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer) se ampararon precisamente en este mandato de menor rigidez para justificar el repentino alejamiento del Tribunal Supremo del entendimiento mayoritario de la cuestión. En cualquier caso, se consideró que la llamada del TS a una mayor flexibilidad era una directriz abstracta cuyo significado en la práctica estaría definido en última instancia por la postura que decidiesen adoptar los Registros Mercantiles y, en particular, la Dirección General de los Registros y del Notariado (la “DGRN”) al respecto.

Pues bien, como veremos a continuación, en las tres resoluciones dictadas por la DGRN sobre esta materia (de fechas 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018), el Centro Directivo se escuda precisamente en el mandato de tolerancia con el que finaliza la Sentencia para negar, en los supuestos concretos que veremos a continuación, la aplicación del régimen de los arts. 217 LSC y siguientes a la remuneración de los consejeros ejecutivos.

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

*Resolución de 31 de octubre de 2018*

La resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018 (publicada en el BOE de 20 de noviembre de

2018) trata sobre la negativa del Registro Mercantil de Madrid a inscribir los párrafos cuarto y quinto del siguiente artículo estatutario:

*“Artículo 18.º Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo de cinco años, pudiendo ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración. Vencido el plazo el nombramiento caducará cuando se haya celebrado la siguiente Junta General o haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta General.*

*Los Consejeros, en su condición de tales, es decir, como miembros del Consejo de Administración y por el desempeño de su función de supervisión y decisión colegiada propia de ese órgano, solo tendrán derecho a percibir de la sociedad, en concepto de remuneración: (i) dietas de asistencia a cada sesión del consejo; y (ii) una indemnización por cese, siempre y cuando el cese no esté motivado por el incumplimiento de las funciones del administrador, o fallecimiento. La cuantía de la remuneración de los administradores no podrá exceder de la cantidad máxima que a tal efecto tenga establecida la Junta General para el conjunto de los administradores.*

*Corresponderá al Consejo de Administración la fijación en cada ejercicio de la cantidad exacta a abonar a cada consejero dentro de aquel límite. Además, y con independencia de las dietas e indemnización por cese o fallecimiento, se resarcirá a los consejeros íntegramente el importe de todos aquellos gastos, debidamente justificados, en los que incurran por cuenta de la sociedad.*

*Sin perjuicio de lo anterior, los consejeros podrán desempeñar funciones ejecutivas y/o profesionales en la Sociedad, y en tal caso, tendrán derecho a percibir, adicionalmente, las retribuciones que correspondan por el desempeño de dichas funciones ejecutivas.*

*A tal fin, cuando uno de los miembros del Consejo de Administración se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la Sociedad que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión y deberá detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una remuneración por el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluyendo en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la Sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistema de ahorro.*

*Sin perjuicio de lo anterior, en caso de existencia de Consejo de Administración, el cargo de Consejero Independiente será retribuido con una cantidad fija que señalará anualmente la Junta General.*

*La Sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para los consejeros y directivos.*

*Sin perjuicio de lo anterior y con sujeción a la normativa propia de las operaciones vinculadas y al régimen de deberes de los administradores, los consejeros podrán realizar cualquier tipo de suministro de servicios susceptible de ser prestados por terceros con arreglo a condiciones de mercado.”*

El argumento esgrimido por el Registrador es que no se establece en los estatutos el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos al que debería ajustarse el contrato suscrito por éstos con la sociedad, con alusión a los arts. 23, 217 y 249 LSC y a la Sentencia de 26 de febrero de 2018.

La DGRN, tras una exposición de la evolución de la teoría del vínculo, de las modificaciones introducidas por 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 (la “Ley 31/2014”) (exposición en la cual, por cierto, recuerda la interpretación mayoritaria de la Ley 31/2014 consistente en una consagración de la dualidad de regímenes retributivos) y del criterio adoptado por el Tribunal Supremo con la Sentencia, se remite al fundamento 23º del fallo transcrito anteriormente de forma parcial en el que el Tribunal hace un llamamiento a una interpretación flexible de su nuevo criterio.

Señala sin embargo la DGRN que, a pesar de propugnar una menor rigidez en la aplicación de la reserva estatutaria a la retribución de los consejeros ejecutivos, el Tribunal Supremo “no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar” la existencia de un ámbito de autonomía del consejo de administración -cuya extensión es ambigua- como consecuencia de la atribución legal a este órgano de la competencia para fijar la remuneración de los consejeros ejecutivos.

Tras recordar que la Sentencia es el único pronunciamiento dictado en ese sentido, la DGRN considera que hay que analizar las cláusulas estatutarias cuya inscripción ha sido denegada comparándolas con el texto del artículo estatutario que constituye el fundamento de hecho de la Sentencia y que establecía lo siguiente: “El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por convenien-

te 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 concepto remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital”. La DGRN considera que la cláusula transcrita es distinta de la analizada en la resolución, por cuanto la cláusula objeto de la Sentencia excluía de forma categórica la reserva estatutaria y competencia de la junta en relación con la retribución de los consejeros ejecutivos mientras que la cláusula objeto de la resolución aquí comentada “no incluye 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)”.

Asimismo, en contra del argumento del Registrador de que el artículo de los estatutos no regula el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos, la DGRN considera que en las disposiciones estatutarias cuya inscripción ha sido denegada sí se incluyen menciones a parámetros retributivos como la indemnización por cese anticipado de funciones o las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro. Además, en el párrafo segundo del artículo estatutario (este sí admitido a inscripción) se hace referencia también a dietas de asistencia e indemnización por fallecimiento. A la luz de lo anterior, concluye la DGRN que “aun entendiéndose que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la sentencia no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no puede apreciarse el mutismo que el Registrador aduce, por más que los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica. Así las cosas, puede decirse que la calificación negativa comporta una petición de principio, cual es que el texto estatutario será aplicado precisamente para contravenir la concreta interpretación de la legalidad que se defiende, sin que en su redacción consten indicios que permitan deducir necesariamente tal resultado”, para seguidamente acordar estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Resoluciones de 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018

El supuesto de hecho planteado en la resolución de la DGRN de 12 de diciembre es análogo al analizado en la resolución de 8 de noviembre y la postura adoptada por el Centro Directivo en aquella es idéntica a la de ésta, haciendo la DGRN en la resolución de diciembre una remisión expresa a su razonamiento en la resolución de noviembre. Por ello, únicamente analizaremos en detalle la resolución de 8 de noviembre de 2018, cuya doctrina se replica en la resolución siguiente.

El objeto de la resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 2018 (publicada en el BOE de 29 de noviembre de 2018) es el recurso planteado contra la calificación negativa del Registro Mercantil de Valencia de inscribir el nombramiento del consejero delegado de una sociedad anónima en cuyo acuerdo de nombramiento se incluyó la siguiente redacción: “En cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, se ha celebrado un contrato entre el Sr... (el nombrado consejero delegado) y la sociedad, que ha sido aprobado previamente por el Consejo de Administración también por unanimidad de los asistentes, si bien el afectado se ha abstenido de participar en la votación. El contrato aprobado se ha incorporado al acta de la sesión y cumple con las exigencias del artículo 249.4 de la Ley de Sociedades de Capital”.

El argumento esgrimido por la Registradora que deniega la inscripción es que “se presupone que el cargo de Consejero Delegado es retribuido sin que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejo Delegado conforme a la STS 26-11-2018”. La nota de calificación indica que para subsanar el defecto debe modificarse el artículo de los estatutos sociales de la sociedad que trata sobre la retribución de los administradores -y cuya redacción actual establece que “la actuación del órgano de administración no estará retribuida”- de manera a regular estatutariamente el sistema retributivo aplicable al consejero delegado.

La DGRN comienza su exposición refiriéndose a la reforma operada por la Ley 31/2014 en el régimen de retribución de los administradores, mencionando la dualidad de regímenes retributivos que, en la opinión de la doctrina mayoritaria, proclamó la referida norma. Seguidamente, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 y a la acumulación de los requisitos establecidos en los arts. 217 y 249 LSC promovida por ésta. A continuación, al igual que en la resolución

de 31 de octubre comentada en el apartado anterior, la DGRN se remite al fundamento 23º de la Sentencia transcrito parcialmente en el apartado 1 de este artículo, en el que el Tribunal Supremo invoca el “ámbito de autonomía” del órgano de administración “dentro del ámbito estatutario entendido de una forma más flexible” establecido por la reforma de la Ley 31/2014 e insta a una interpretación menos rígida de la reserva estatutaria. No obstante, al igual que en la resolución anterior, la DGRN critica que la Sentencia “no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada”.

Tras mencionar de nuevo que la Sentencia es el único fallo dictado por el Tribunal Supremo en este sentido y que la cláusula estatutaria enjuiciada en dicho fallo excluía de forma categórica cualquier reserva estatutaria o intervención de la junta general, la DGRN hace referencia a su resolución de 31 de octubre, en la que el Centro Directivo “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)”.

Tras estas precisiones, la DGRN se centra en el objeto del recurso, que es la interpretación del art. 249 LSC. Comienza su análisis la Dirección General recordando que, si bien el art. 249 LSC, en sus epígrafes 3 y 4, exige que el régimen retributivo del consejero ejecutivo esté detallado en un contrato y que su retribución debe ser conforme con la política de retribuciones aprobada por la junta, “la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente debe constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria”. A continuación, la DGRN decide estimar el recurso y revocar la calificación impugnada por las dos razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, porque el art. 249 LSC obliga a la sociedad a celebrar un contrato con el consejero ejecutivo aun cuando éste no obtenga remuneración y realice las funciones ejecutivas de manera gratuita. En este sentido, el contrato no tiene únicamente como objeto regular la retribución que obtendrá el administrador sino que puede servir

para la regulación de un elenco de aspectos de la relación entre el consejero y la sociedad (como por ejemplo obligaciones del consejero, incluyendo compromisos de permanencia, circunstancias de cese o desistimiento del cargo, etc.). Por ello, la DGRN considera que la calificación negativa de la Registradora de Valencia no está fundada en Derecho porque ésta asume que en el referido contrato se ha pactado que el cargo de consejero delegado es retribuido, “algo que no es sino mera conjetura”.

En segundo lugar, porque “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 competería a la registradora apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil”.

## REACCIONES DOCTRINALES

La única reacción doctrinal a las mencionadas resoluciones de la DGRN que ha llegado a nuestras manos es la tribuna del Notario Segismundo Álvarez Royo-Villanova publicada en la Ley el 29 de noviembre de 2018 (S. Álvarez Royo-Villanova: *Retribución de administradores y estatutos. Comentario a la Resolución DGRN de 31 de octubre de 2018*, Diario La Ley, nº 9309, Sección Tribuna, 29 de noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer) en la que analiza la resolución de 31 de octubre de 2018.

En relación con el argumento alegado por la DGRN en la referida resolución consistente en que las cláusulas estatutarias denegadas sí mencionaban ciertos parámetros retributivos, al contrario de lo que decía el Registrador, S. Álvarez considera que éste puede parecer un poco “forzado” porque lo que hacen los estatutos es transcribir el epígrafe 4 del art. 249 LSC que incluye los conceptos retributivos mencionados al aludir al contenido del contrato con el consejero ejecutivo. Además, señala el autor que el propio Centro Directivo reconoce que los criterios de remuneración mencionadas en los estatutos analizados no coinciden con “los percibidos como usuales en la práctica”. Explica S. Álvarez que la DGRN sabe que es dudoso que la cláusula esta-

tutaria sea acorde a la doctrina promovida por la Sentencia pero que, precisamente por esas dudas, entiende que denegar la inscripción del artículo supone incurrir en la “*petición de principio*” referida en la resolución (y transcrita al final del apartado 2.2 anterior).

En todo caso, considera el Notario que “*en la situación de incertidumbre creada por la sentencia*”, la posición adoptada por la DGRN es “*globalmente acertada*”, respetuosa hacia la Sentencia y “*prudente*”. Prudente, porque como menciona el Centro Directivo la Sentencia no constituye jurisprudencia (al ser el único fallo dictado hasta la fecha en este sentido) y, mientras el Tribunal Supremo no clarifique o modifique su interpretación (S. Álvarez considera que lo más probable es que el Supremo rectifique su doctrina), “*no tiene sentido adoptar soluciones maximalistas para supuestos distintos del enjuiciado en la sentencia*”.

El autor hace seguidamente referencia a la flexibilidad propugnada, sin mayor detalle ni concreción, por la Sentencia, concluyendo que mientras no se determinen los límites de esta flexibilidad, “*no se debe crear alarma ni impedir la inscripción de artículo no claramente contrario a la Ley o a esa sentencia*”. Para S. Álvarez, el referido límite está en no excluir expresamente el control de la Junta o de los estatutos sobre la remuneración de los consejeros ejecutivos, lo que en su opinión “*excluye la posibilidad de retribuir a los consejeros ejecutivos si en los estatutos se establece la gratuidad sin hacer ninguna referencia a otras retribuciones*”. En cualquier caso, el autor considera que el llamamiento a la flexibilidad del Tribunal Supremo debe entenderse como una directriz de no aplicar en ningún caso una interpretación más rígida que la defendida por la DGRN y por la doctrina antes de la reforma de la Ley 31/2014.

Sin perjuicio de lo anterior, considera el Notario que aunque la posición adoptada por la DGRN en la resolución de 31 de octubre de 2018 es acertada, la nota de calificación del Registro era también “*perfectamente razonable*” en el contexto creado por la Sentencia.

Concluye S. Álvarez que “*la línea interpretativa flexible de la resolución debería servir de orientación para admitir la posibilidad de establecer sistemas alternativos de remuneración y limitar la precisión exigida respecto de los distintos sistemas*”. En todo caso, considera el autor que “*lo ideal es una nueva intervención del legislador que aclare la situación*”. A juicio del Notario, “*la mejor combinación de flexibilidad y transparencia frente a los socios no pasa por tanto por la*

*constancia estatutaria (mecanismo costoso y poco útil) sino por la necesidad de que se obligue a presentar en la Junta General el conjunto de las retribuciones de todos los directivos, no solo las de los consejeros*”.

## CONCLUSIONES

En sus resoluciones de 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018, la DGRN hace todo lo posible para evitar la aplicación literal de la tesis adoptada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 2018 relativa a la retribución de los consejeros ejecutivos. Aunque las resoluciones -de 31 de octubre por un lado y de 8 de noviembre y 12 de diciembre conjuntamente por otro lado- analizan supuestos de hecho muy diferentes y la DGRN deniega las calificaciones de los Registros con base en argumentos concretos distintos, en todos los casos el Centro Directivo hace alusión a tres cuestiones en las que se ampara (o escuda...) para resolver la controversia en los términos descritos en los apartados anteriores.

En primer lugar, en las tres resoluciones la DGRN recuerda que la Sentencia es el único fallo del Tribunal Supremo en ese sentido y, por tanto, no constituye jurisprudencia.

En segundo lugar, la llamada a una interpretación flexible propugnada por el Tribunal Supremo en el fundamento 23º de la Sentencia (a través de la cual parece que la Sala, con un atisbo de complejo, intenta minimizar las posibles consecuencias desastrosas de una lectura drástica de su fallo) es usada por la DGRN para, en unos escenarios dudosos, inclinarse por el entendimiento de la cuestión que más se aleja la dicción literal de la sentencia de 26 de febrero de 2018 y más favorece la inscripción de los actos denegados.

En tercer lugar, la DGRN recurre habilidosamente a la redacción en términos extremos de la cláusula enjuiciada por el TS (cuyo contenido y legitimidad fue ya cuestionado por varios autores, tal y como explicamos en el artículo publicado en esta revista el año pasado) para realizar un análisis comparativo de ésta y de las cláusulas estatutarias analizadas por las resoluciones administrativas y deducir que, dado que los supuestos fácticos no se parecen en nada, no pueden aplicar la DGRN las mismas reglas que el Tribunal Supremo.

En lo que respecta al fondo de los argumentos esgrimidos por el Centro Directivo en las resoluciones, parece evidente que las conclusiones adopta-

das en las resoluciones de 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 son acertadas, por cuanto la presuposición de los Registradores de que el cargo de consejero delegado es retribuido no tiene ningún fundamento fáctico ni legal ni podía inferirse de la redacción de los acuerdos sociales que son presentados a inscripción. Más dudoso puede ser el razonamiento que expone la DGRN en la resolución de 31 de octubre cuando considera que las cláusulas estatutarias denegadas si incluyen parámetros retributivos, por cuanto el artículo en cuestión se limita a transcribir literalmente el contenido del art. 249 LSC que, casualmente, incluye algunos ejemplos de criterios de remuneración. No parece que el Tribunal Supremo estuviera pensando en este tipo de menciones ilustrativas cuando estableció que el art. 217 LSC debe aplicarse a la remuneración de los consejeros ejecutivos, debiendo ésta estar detallada en los estatutos.

Aunque por ahora la DGRN haya conseguido

“librarse” de hacer frente al Tribunal Supremo gracias a las diferencias entre los supuestos enjuiciados por ella y el caso fáctico de la sentencia de 26 de febrero de 2018, no parece factible que, de darse un caso que implique una cláusula estatutaria escrita en términos similares a la analizada por el TS, el Centro Directivo pueda desviar mucho sus conclusiones de las alcanzadas por el Tribunal. Por otra parte, parece muy complicado que una persona medianamente informada o asesorada redacte una cláusula estatutaria en términos tan drásticos como la cláusula objeto de la Sentencia. A la luz de lo anterior, todo parece indicar que, de pronunciarse nuevamente la DGRN sobre cuestiones que afecten a la retribución de los consejeros ejecutivos y a la Sentencia, las resoluciones del Centro Directivo seguirán la línea de las aquí comentadas en cuanto a diversidad de supuestos de hecho y ambigüedad de la argumentación de la DGRN.

LEONOR DE OSMA\*

---

\* Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).