

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10470 *Resolución de 30 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid a inscribir una escritura de modificación de estatutos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don R. R. G., en nombre y representación de la sociedad «Mibgas, S.A.», contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, a inscribir una escritura de modificación de estatutos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de marzo de 2015 por el notario de Madrid, don José Ángel Martínez Sanchiz, como sustituto de su compañero don José Luis Martínez-Gil Vich, con número 548 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general universal de socios el día 16 de enero de 2015, de modificación de determinados artículos de los estatutos sociales de dicha entidad. Concretamente, se modifica el artículo 17, que queda redactado de la siguiente forma: «Retribución de los Administradores. Los Administradores tendrán derecho a percibir, por partes iguales entre todos ellos, una retribución en función de los beneficios de la Sociedad. La retribución, global y anual, por este concepto, para todos los miembros del órgano de Administración, será del uno por ciento (1%) de los beneficios líquidos de la Sociedad, aprobados por la Junta General, correspondiendo al órgano de Administración la distribución de su importe en la forma y momento que libremente determine. Esta remuneración sólo podrán percibirla los Administradores una vez cubiertas las atenciones previstas en el artículo 218.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La retribución prevista en este artículo será compatible e independiente del pago de los honorarios o salarios que pudieran acreditarse frente a la Sociedad, por prestación de servicios o por vinculación laboral, según sea el caso, con origen en una relación contractual distinta de la derivada del cargo de consejero, los cuales se someterán al régimen legal que les fuere aplicable. Adicionalmente, y con independencia de la retribución arriba señalada, los miembros del Consejo de Administración que desempeñen funciones ejecutivas percibirán por este concepto: (i) una cantidad fija y (ii) una cantidad variable en función de cumplimiento de objetivos de acuerdo con lo que figure en sus respectivos contratos, los cuales preverán asimismo las oportunas indemnizaciones para el caso de cese en tales funciones o resolución de su relación con la Sociedad. Adicionalmente, en la medida en que resulte adecuado para garantizar una adecuada compensación por sus funciones, su retribución se verá complementada con: (i) aportaciones a un plan de pensiones, (ii) póliza de seguro por fallecimiento e invalidez y (iii) seguro médico personal y para los familiares a su cargo que convivan con ellos. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que la Sociedad esté regida por un Consejo de Administración, los miembros del Consejo de Administración, así como, en su caso, el Secretario y el Vicesecretario no consejeros de la misma, percibirán dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración o, en su caso, a Comisiones o Grupos de Trabajo creados en el seno del mismo, cuya cuantía, que será idéntica para todos ellos, será aprobada por la Junta General. La Sociedad tendrá vigente en todo momento una póliza de seguro de responsabilidad civil a favor de los Administradores para cubrir la responsabilidad civil por daños que puedan derivarse del funcionamiento de la Sociedad».

II

El día 6 de abril de 2015, se presentó copia autorizada de dicha escritura al Registro Mercantil de Madrid, con el número 42.014, asiento 1/2562/1035. Fue calificada el día 8 de abril de 2015, con la nota de esa fecha que consta en el expediente, y retirada el día 20 de abril de 2015. Vuelta a presentar el día 30 de abril de 2015, con el número 53.479, asiento 1035 del Diario 2562, fue inscrita parcialmente el día 11 de mayo de 2015, por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, en los siguientes términos: «El registrador Mercantil de Madrid que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de dicho Reglamento, ha resuelto proceder a su inscripción. (...) Observaciones e incidencias (...) No se ha inscrito el párrafo tercero de la nueva redacción del artículo 17 de los estatutos sociales porque el art. 215 [sic] LSC exige la determinación del sistema de retribución de los administradores; eso se cumple en general en la cláusula aprobada; pero la previsión de unos complementos «en la medida en que resulte adecuado para garantizar una adecuada compensación por sus funciones...» no determina la retribución, sino que la deja pendiente de esa adecuación, que es imprecisa tanto en las circunstancias que la determinen como en quién debe apreciar su concurrencia. Pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado R. 12.11.2003, R. 16.02.2013, R. 07.03.2013 y R. 17.06.2014, según las cuales el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos». Lo contrario supone una falta de seguridad «para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para él mismo administrador cuya retribución dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general». Se hace Constar la no inclusión de la/s persona/s nombrada/s a que se refiere la inscripción practicada en este Registro en virtud de este documento, en el Registro de Resoluciones Concursales conforme a lo dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil. Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, el interesado podrá: (...) Madrid, 11 de Mayo de 2015 El registrador (firma ilegible)».

III

El día 19 de mayo de 2015, don R. R. G., en nombre y representación de la sociedad «Mibgas, S.A.», interpuso recurso contra la anterior calificación en el que alegó los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero.–Legitimación (...) Segundo.–La calificación negativa del Sr. Registrador En primer lugar, respetuosamente, se hace constar que entiende la Sociedad que existe un error en la referencia realizada por el Sr. Registrador al artículo de la LSC que regula la remuneración de los administradores. La exigencia de determinación del sistema de retribución de los administradores no se establece en el artículo 215 LSC, como indica el Sr. Registrador en su calificación, sino en el artículo 217 LSC. Como se ha expuesto en los antecedentes, el Sr. Registrador fundamenta 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», 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 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 de estos consejeros ni el órgano competente para ello. En nuestra opinión, el error en el que incurre la calificación negativa del Sr. Registrador

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»). En las páginas que siguen exponremos 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 Sr. Registrador, 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–. Tercero.–Antecedentes y nuevo régimen de remuneración de consejeros 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. En este sentido se han pronunciado también las Resoluciones de la DGRN citadas por el Sr. Registrador en su calificación. En relación al órgano competente para acordar la concreta remuneración de los consejeros ejecutivos, la mayor parte de la doctrina venía entendiendo que debía atribuirse a la junta general. Como hemos apuntado, la Ley 31/2014 ha reformado 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 y 4 LSC). La misma distinción entre consejeros y su diferente remuneración se ha incluido, de manera más clara si cabe, en sede de cotizadas. Los artículos 529.septdecies y 529.octodecies LSC regulan la remuneración de los consejeros «en su condición de tales», de un lado, y la de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas, de otro. Así, el art. 529.septdecies establece que «la política de remuneraciones de los consejeros determinará la remuneración de los consejeros en su condición de tales, dentro del sistema de remuneración previsto estatutariamente». Por su parte, el artículo 529.octodecies LSC, relativo a los consejeros ejecutivos, elimina expresamente la aplicación a su remuneración del principio de determinación estatutaria, remitiéndose a las reglas previstas para el contrato de los consejeros ejecutivos del art. 249 LSC y atribuyendo al consejo la competencia para fijar la remuneración de los consejeros ejecutivos: «Corresponde al consejo de administración 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». La Reforma recoge, de forma casi literal, la propuesta de modificaciones normativas del Informe de la Comisión de Expertos que se publicó el 14 de octubre de 2013 (...), que abogaba claramente por la necesidad de reconocer «una regulación específica» para aquellos consejeros que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas; remuneración que en el

Informe se concibe como remuneración adicional y sometida a una regulación distinta a la que puedan percibir por su mera pertenencia al consejo de administración (como consejeros «en su condición de tales»), cuya sede material debe buscarse en el seno de la delegación de funciones (arts. 249.3 y 4 LSC y 529.octodecies LSC). Sin perjuicio de que la regulación relativa a las sociedades cotizadas no sea de aplicación a este caso, si atendemos a una interpretación sistemática de la Reforma, esta normativa esclarece la interpretación de los artículos 217 y 249 LSC que se defiende en este recurso. En caso contrario, existiría una clara contradicción entre la regulación de las sociedades de capital, en general, (art. 217 y 249 LSC) y el régimen de las sociedades cotizadas (art. 529 LSC), que, además, provocaría recortar la protección del accionista precisamente para estas últimas, lo que resulta contrario a los principios generales que informan su regulación.

Cuarto.–Justificación de un régimen de remuneración separada de los consejeros ejecutivos Las razones dogmáticas que han llevado al legislador a atribuir al consejo la competencia para la aprobación de la remuneración de los consejeros ejecutivos y pactarla en un contrato, al margen de cualquier previsión estatutaria, separándose con ello de las reglas generales aplicables al resto de administradores y consejeros, han sido convenientemente explicadas por la doctrina que desde hace años ha venido abogando por una solución como la promulgada por la Ley 31/2014 (... [cita el recurrente la tesis de determinado profesor]). 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. Mientras que en las formas simples de administración, la asunción de funciones ejecutivas es inherente al propio cargo de administrador, 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; 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 para las sociedades de capital, en general, y en el art. 529.octodecies LSC para las sociedades cotizadas, en particular) y, por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria. En relación al órgano competente para fijar la retribución, esta corriente doctrinal ha venido sosteniendo que la fijación de la remuneración del desarrollo de funciones ejecutivas debía recaer en el consejo de administración (y no en la junta general como venía sosteniendo la mayoría). La ratio fundamental sobre la que descansa esta argumentación es que debe existir una correlación entre potestad de nombramiento y potestad de fijación de la retribución y, en consecuencia, la potestad del consejo para delegar funciones debe corresponderse con una potestad para negociar también sus condiciones y, entre ellas, su retribución. Pues bien, como fácilmente ha podido advertirse, la Ley 31/2014 no hace sino recoger en su regulación los postulados de la tesis que desde hace años ha venido abogando por la previsión de una remuneración diferenciada de la función que realizan los consejeros «como tales», de un lado, y la remuneración del desempeño de funciones ejecutivas, de otro. Diferenciación que trae como consecuencia (i) que el principio de determinación estatutaria previsto sólo para la remuneración de los consejeros «como tales» en los

arts. 217.3 y art. 529 septdecies LSC no resulte legalmente aplicable a la remuneración que perciban los consejeros por el desempeño de sus funciones ejecutivas y (ii) que sea el consejo y no la junta general el órgano competente para fijar la remuneración de los consejeros ejecutivos (arg. ex arts. 249 y 529 octodecies LSC). Quinto.—El principio de determinación estatutaria no es de aplicación a la remuneración que perciban los consejeros por el desempeño de las funciones ejecutivas Como hemos visto, el tenor literal de la norma introduce en la LSC una disociación entre la retribución de los administradores de las sociedades de capital «en su condición de tales» que, con carácter general, se regula en el artículo 217 LSC, que mantiene dicha reserva estatutaria. En el supuesto de que exista un consejo con delegación de funciones, sin embargo, se prevé otra remuneración adicional para aquellos consejeros que sean nombrados consejeros delegados o a quienes se les atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, remuneración cuya regulación está recogida en el nuevo artículo 249.3 y 4 LSC. Como también se ha apuntado, esta distinción tiene su fundamento en la propia finalidad de las retribuciones. Esta distinción introducida por la Reforma entre los dos sistemas de retribución ha dado lugar, además, a que estos se rijan por principios y reglas distintos. La propia literalidad del artículo 217 LSC impone que la retribución de los consejeros «en su condición de tales» precise constancia estatutaria y aprobación por la junta general. La retribución de los consejeros ejecutivos, por su parte, se ha llevado a otro artículo, según el cual el sistema de remuneración debe figurar necesariamente en contrato aprobado por el consejo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y la abstención del consejero afectado. Por tanto, atendiendo estrictamente a la literalidad de la LSC, la retribución de los consejeros ejecutivos queda fuera del principio de reserva estatutaria. Dada la existencia de dos preceptos legales diferentes con reglas distintas en función del desarrollo por parte de los consejeros de funciones ejecutivas, no puede defenderse que a unos les sean aplicables las reglas de otros. De lo expuesto hasta ahora se colige que, de acuerdo con una interpretación literal, sistemática y finalista del nuevo texto de la LSC, el principio de determinación estatutaria en el que se basa el Sr. Registrador en su calificación ya no es de aplicación en el establecimiento de la remuneración de los consejeros ejecutivos, sin perjuicio de que este se mantenga para el caso de los consejeros «en su condición de tales». Las dos únicas normas aplicables a la fecha a los consejeros ejecutivos de Mibgas son las establecidas en el artículo 249.3 y 4 LSC. Por tanto, afirmar que la remuneración de los consejeros ejecutivos continúa sometida a la reserva estatutaria supone, en definitiva, negar la reforma operada por la Ley 31/2014. En el mismo sentido se han manifestado en nuestra doctrina (... [cita el recurrente a dos autores]): «lo que no debe resultar dudoso es que aquellas disposiciones expresamente previstas para los administradores en su condición de tales, no obligan legalmente a los consejeros ejecutivos». Asimismo, y en la misma línea vid. (... [otra cita de autor por el recurrente]), quien defiende que «sin perjuicio de que los estatutos puedan pronunciarse al respecto (...), parece que se trata de un título retributivo independiente, sustraído a la previsión estatutaria de antes, de carácter contractual y en términos que regula el propio CA, sin intervención de la JG. Es algo distinto a la administración, aunque no por su contenido. Tanto es así, que podría percibir esta retribución, aunque estatutariamente el cargo de administrador fuera gratuito [...]». Sexto.—Corresponde al consejo de administración la fijación de la remuneración de los consejeros ejecutivos Como apuntábamos al comienzo de este recurso, el Sr. Registrador en su calificación también argumenta de manera equivocada que es impreciso el órgano que debe apreciar la concurrencia de las circunstancias para la fijación de la remuneración. No obstante, la nueva redacción de la LSC tras la Reforma es clara en su artículo 249.3 LSC al disponer 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 (...)». La facultad del consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos ya fue recogida en el estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno

Corporativos, que clarificaba que en el caso del sistema de retribución de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas «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». En esta misma línea se ha pronunciado el reconocido jurista (... [cita el recurrente la tesis de determinado profesor]), quien afirma que «estas retribuciones por el ejercicio de funciones ejecutivas son distintas o añadidas a las remuneraciones que correspondan a 'los administradores en su condición de tales', cuyo importe máximo debe ser aprobado por la junta general (art. 217.3 LSC). De esta forma, el legislador ha querido mantener cierta autonomía del órgano de administración para establecer la retribución de las funciones ejecutivas, dejando fuera de esta decisión directa a los socios». En consecuencia, no es posible sostener que existe en la redacción de la cláusula estatutaria una imprecisión en relación al órgano competente para fijar la remuneración, pues, en el caso de los consejeros ejecutivos, no existe duda de que esta competencia recae en el consejo de administración. Séptimo.-No existiendo obligación legal, la Sociedad ha optado por incluir en los estatutos, en aras de una mayor transparencia, los sistemas de remuneración de los consejeros ejecutivos. En el presente supuesto, a pesar de que la retribución de los consejeros ejecutivos ya no está sujeta al principio de reserva estatutaria, la Sociedad, voluntariamente, para proporcionar un mayor grado de transparencia y seguridad, ha optado por incluir determinadas referencias a la misma en sus estatutos sociales y, concretamente, en el artículo 17. En nuestra opinión, esta inclusión no puede suponer, en ningún caso, la fiscalización de este sistema conforme a la regulación recogida en el artículo 217 LSC, aplicable únicamente a las retribuciones de los administradores «en su condición de tales». El principio de determinación estatutaria de la remuneración de los administradores se fundamenta, de conformidad con lo establecido por la DGRN en reiteradas Resoluciones, en la protección de los socios, actuales o futuros, de la sociedad, así como de los propios administradores (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de fecha 25.02.2015, 12.11.2003, 16.02.2013, 07.03.2013 y 17.06.2014, citadas por el Sr. Registrador en su calificación). De esta forma, con la exigencia de este principio se pretende evitar la indefensión que se originaría si la retribución de los administradores no estuviera fijada de antemano y no existiera seguridad en relación a las cantidades que estos van a percibir por el desarrollo de sus funciones. Por un lado, en aras de mantener la necesaria protección de los administradores, la Reforma mantiene la vigencia del principio de determinación estatutaria para los consejeros «en su condición de tales», pues, en su caso, la única manera de determinar su retribución es a través de la fijación de un determinado sistema o sistemas en los estatutos sociales de la sociedad. No obstante, en el caso de los consejeros ejecutivos, este principio deja de tener sentido, pues desde la Reforma este tipo de consejeros están obligados a suscribir un contrato con la sociedad en el que se fije su retribución y, fuera de los conceptos expresamente previstos en el mismo, el consejero no puede percibir cantidad alguna. En consecuencia, los consejeros ejecutivos no van a quedar indefensos frente a la sociedad por falta de determinación de su retribución en los estatutos sociales, pues su remuneración queda fijada en el contrato que suscriban directamente con la sociedad. El principio de determinación estatutaria del sistema o sistemas de retribución de los administradores tiene sentido cuando la remuneración tiene su origen en los propios estatutos sociales. No obstante, lo anterior no es de aplicación en el caso de los consejeros ejecutivos, cuyos sistemas de retribución no tienen su origen en los estatutos sociales, sino que, como dispone el artículo 249.3 LSC, derivan del contrato suscrito entre el consejero ejecutivo y la propia sociedad, con la aprobación del consejo de administración con una mayoría que no puede ser inferior a dos tercios. Consecuentemente, al no tener la determinación del sistema de remuneración de los consejeros ejecutivos su origen en los estatutos, sino ser competencia del consejo de administración, carece de

sentido exigirle el grado de determinación necesario para fijar el sistema de retribución de los consejeros «en su condición de tales». Máxime, como es el caso, cuando es una inclusión voluntaria realizada por la Sociedad para dotar al sistema de retribuciones de los administradores de una mayor transparencia, pues la retribución de los consejeros ejecutivos legalmente, como se ha reiterado, queda fijada en un contrato suscrito entre estos y la Sociedad. En contra de lo anteriormente expuesto, la calificación del Sr. Registrador en relación al artículo 17 de los estatutos sociales de la Sociedad está exigiendo en el establecimiento del sistema retributivo de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad que desempeñen funciones ejecutivas, incluido de manera voluntaria por la Sociedad, el cumplimiento con el principio de determinación estatutaria establecido en el artículo 217 LSC. Por ello, la identificación de la falta de determinación del sistema de retribución de los administradores como defecto subsanable de la Escritura es, cuanto menos, errónea de conformidad con la correcta interpretación del nuevo régimen retributivo de los consejeros establecido en la LSC. La inclusión de manera voluntaria por la Sociedad no hace más que aumentar la información disponible para los accionistas en relación con el sistema de retribución de los consejeros ejecutivos. Por ende, si se modificara la cláusula de conformidad con los defectos señalados por el Sr. Registrador y se atendiera exclusivamente a la literalidad de la LSC, los socios dispondrían de una menor información de la que tienen con la redacción propuesta del artículo 17 de los estatutos sociales, lo que supondría un «efecto perverso» del intento de proteger a los accionistas de la Sociedad. En consecuencia, no existe defecto alguno en la redacción del artículo 17 de los estatutos sociales de la Sociedad conforme a lo acordado por la junta general de accionistas de la Sociedad, el 16 de enero de 2015, y procede por tanto la inscripción del mismo en el Registro Mercantil con el tenor literal recogido en la Escritura».

IV

Mediante escrito, de fecha 22 de mayo de 2015, el registrador Mercantil, don Pedro Ávila Navarro, elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General. En dicho expediente consta el informe emitido por el notario autorizante, en el que afirma lo siguiente: «Significo mi completo acuerdo con la acertada y precisa argumentación que se contiene en el recurso interpuesto ya que, en efecto, el principio de determinación estatutaria no reza para los consejeros ejecutivos, sin que el hecho de su inclusión en los recursos [sic] con fines de información y transparencia provoque la aplicación del artículo 217 LSC, que no contempla la remuneración de los consejeros ejecutivos».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1255 del Código Civil; 23.e), 28, 160.j), 161, 204, 217, 218, 219, 220, 227, 228, 232, 236, 249, 260, 529 quinceces, 529 septdecies, 529 octodecies, 529 novodecies y 541 de la Ley de Sociedades de Capital; 130 de la Ley de Sociedades Anónimas; 66 y 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 1.3 y 26 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; 2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo; 124 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, 18 de marzo, 29 de abril, 9 y 13 de mayo y 3 de junio de 1991, 17 de julio de 2003, 9 de diciembre de 2009, 24 de mayo de 2011 y 12 de marzo de 2014 (Sala Cuarta), y 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005, 12 de enero, 24 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010, 10 de febrero y 19 de diciembre de 2011 y 18 y 25 de junio de 2013 (Sala Primera), 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 y 3 de abril de 2013, 25 de febrero, 12 de mayo, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014 y 19 de febrero de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible determinada cláusula de los estatutos por la que se previene que los miembros del consejo de administración que desempeñen funciones ejecutivas percibirán por este concepto ciertas retribuciones que, a juicio del registrador, no se ajustan a la necesaria determinación estatutaria del sistema de retribución de los administradores.

En concreto la cláusula estatutaria denegada por el registrador es del siguiente tenor: «Adicionalmente, y con independencia de la retribución arriba señalada, los miembros del Consejo de Administración que desempeñen funciones ejecutivas percibirán por este concepto: (i) una cantidad fija y (ii) una cantidad variable en función de cumplimiento de objetivos de acuerdo con lo que figure en sus respectivos contratos, los cuales preverán asimismo las oportunas indemnizaciones para el caso de cese en tales funciones o resolución de su relación con la Sociedad. Adicionalmente, en la medida en que resulte adecuado para garantizar una adecuada compensación por sus funciones, su retribución se verá complementada con: (i) aportaciones a un plan de pensiones, (ii) póliza de seguro por fallecimiento e invalidez y (iii) seguro médico personal y para los familiares a su cargo que convivan con ellos».

2. La única cuestión que se plantea en el presente expediente es resolver si están suficientemente determinados en los estatutos unos complementos de retribución a favor de miembros del consejo de administración que desempeñen funciones ejecutivas, defecto apreciado por el registrador en su calificación.

A tal efecto, 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. Esta reciente Ley modificadora tiene en este punto 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, en cuyo informe de 14 de octubre de 2013 proponía en el apartado 4.10.1 («Normas aplicables a todas las sociedades de capital») «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, por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se da nueva redacción al artículo 249 de la Ley de Sociedades de capital que en sus apartados tercero y cuarto determina que: «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 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. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

En relación con esta cuestión, de la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital 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 249.4 «...deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

Consecuentemente el recurso ha de ser estimado, pues es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo. 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, como exige el registrador, no necesariamente debe constar en los estatutos.

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, 30 de julio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.