

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7030** *Resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, Notario de Palma de Mallorca, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

I

El día 29 de abril de 2015 se otorgó una escritura de modificación de estatutos de la sociedad «Benduita, S.L.», ante don Jesús María Morote Mendoza, Notario de Palma de Mallorca, con número 430 de protocolo. Mediante dicha escritura, el artículo 19 de los estatutos queda redactado de la siguiente forma: «El cargo de administrador será gratuito, a excepción del desempeño por el Consejero Delegado don C. B. H., el cual desempeñará funciones de dirección efectiva de la sociedad, que será remunerado, mediante la formalización de un contrato de trabajo y causando alta en la Seguridad Social. El importe de dicha retribución se acordará anualmente en Junta General Ordinaria de Socios».

II

El día 10 de marzo de 2016 se presentó en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca copia autorizada de la referida escritura, y fue objeto de calificación negativa que, a continuación, se transcribe en lo pertinente: «El Registrador 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, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 229/2453 F. presentación: 10/03/2016 Entrada: 1/2016/3.301,0 Sociedad: Benduita SL Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María Protocolo: 2015/430 de 29/04/2015 Fundamentos de Derecho (defectos): (...) 1. Debe determinarse el sistema de retribución del consejero delegado don C. B. H. (Aº 217 LSC). Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Palma de Mallorca, a 22 de marzo de 2016 El registrador».

III

El Notario autorizante, don Jesús María Morote Mendoza, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el día 29 de marzo de 2016. En dicho escrito, alega los siguientes fundamentos de Derecho: «Único. El artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital dispone en su número 3 que “El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación”. El artículo 249 LSC, en su actual redacción, vincula las retribuciones del Consejero Delegado, en su caso, a un contrato a formalizar entre la sociedad y el Consejero Delegado, si bien “El contrato deberá

ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general". La previsión estatutaria que se ha formalizado en escritura y cuya inscripción deniega el Registrador, precisamente contempla la existencia de "un contrato de trabajo", añadiendo que "el importe de dicha retribución se acordará anualmente en Junta General Ordinaria de socios", lo que resulta conforme con el número 3 del artículo 217 LSC y garantiza que, como dispone la ley, las retribuciones dimanantes del contrato se ajustarán a la política de retribuciones que aprueba la propia junta general. No hay, pues, contravención alguna de la Ley, sino todo lo contrario. Por otro lado, al establecerse en el artículo estatutario que el importe de dicha retribución se acordará anualmente por la junta general, no solo fijará esta el máximo, para dar cumplimiento a lo que ordena el artículo 217.3, sino la cantidad concreta, siendo, por tanto, la retribución de los administradores una asignación fija, tipo de retribución de los administradores contemplado en el artículo 217.2.a) LSC, resultando así perfectamente legal el artículo estatutario controvertido por el Registrador».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 7 de abril de 2016, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1255 del Código Civil; 23.e), 28, 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; 1.3 y 26 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; 2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo 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, 18 y 25 de junio de 2013 y 17 de diciembre de 2015 (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, 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 y 30 de julio de 2015 y 10 de mayo de 2016.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se modifican los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada de modo que en el artículo 19 de los mismos se dispone lo siguiente: «El cargo de administrador será gratuito, a excepción del desempeño por el Consejero Delegado Don C. B. H., el cual desempeñará funciones de dirección efectiva de la sociedad, que será remunerado, mediante la formalización de un contrato de trabajo y causando alta en la Seguridad Social. El importe de dicha retribución se acordará anualmente en Junta General Ordinaria de Socios».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, debe determinarse el sistema de retribución del consejero delegado citado, conforme al artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. 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 de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso número 1976/2008, y número 412/2013, de 18 de junio de 2013, recurso número 365/2011).

La conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores es lo que ha inspirado la consolidada doctrina del «tratamiento unitario» de las retribuciones percibidas por los administradores, acogida en las Sentencias de 19 de diciembre de 2011 y 18 y 25 de junio de 2013, según las cuales, para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de lo que dichas sentencias denominan «elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa», que –añade la última de ellas– ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria.

En la misma línea, esta Dirección General ha concluido que el administrador remunerado no puede recibir ninguna otra retribución extraestatutaria por llevar a cabo la tarea de gestión y representación derivada de su nombramiento, por lo que «no sería inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos» (Resolución de 3 de abril de 2013). Indudablemente, tales doctrinas están condicionadas por el Derecho positivo entonces vigente, como lo reconocía la citada Resolución de este Centro Directivo de 3 de abril de 2013, al afirmar que la cuestión sobre la licitud de un mecanismo retributivo dual, estatutario y contractual, se planteaba «a falta entre nosotros de una normativa en Derecho positivo de sociedades como la francesa, en que se contempla la cuestión con algún detalle regulatorio (el artículo L.225-21-1; artículo L.225.22; artículos L.225-38 y ss. del Code Commerce)».

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, después de las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, si los estatutos establecen el carácter retribuido del cargo de administrador deberán determinar el sistema de remuneración especificando el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores «en su condición de tales» (artículo 217, apartados 1 y 2). Pero, por otra parte, se dispone que si un miembro del consejo de administración es nombrado consejero delegado o se le atribuyen funciones ejecutivas en virtud de otro título será necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad, en el cual 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; además, dicho contrato «deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general» (artículo 249, apartados 3 y 4).

3. En definitiva, 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.

El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso 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); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, 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. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. 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. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Sin embargo, y aunque no sea el caso del presente recurso, cabe precisar que también en esos supuestos referidos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo –es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa– tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes

al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración (Resolución de 10 de mayo de 2016).

4. De las anteriores consideraciones se desprende que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador –con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal– añadida que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato. Y a esta remuneración por el ejercicio de funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales. Por ello, ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios; previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general» (artículo 249, apartado 4 i.f. de la misma Ley).

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, 17 de junio de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.