

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**8316** *Resolución de 26 de abril de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XXIII de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Luis Prados Ramos, notario de Leganés, contra la negativa del registrador Mercantil XXIII de Madrid, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

##### I

El día 22 de diciembre de 2020 se otorgó escritura de constitución de la sociedad «Puzlesfemada, S.L.» ante el notario de Leganés, don Luis Prados Ramos.

En el artículo 8 de los estatutos sociales se establecía que la administración de la sociedad podría conferirse a un administrador único, a dos o tres administradores solidarios, a dos administradores mancomunados o a un consejo de administración; y se añadía lo siguiente: «(...) El cargo de Administrador será gratuito, sin perjuicio del pago que pueda hacerse en concepto de honorarios o salarios que pudieran acreditarse frente a la sociedad, en razón de la prestación de servicios profesionales o de vinculación laboral, según sea el caso».

Por otra parte, la realidad de las aportaciones se acreditaba con certificaciones bancarias expedidas por la «Entidad Banco Bilbao Vizcaya argentaria, S.A.», en las que figura el sello de dicha entidad y sendas firmas ilegibles, si bien aquellas son copia impresa del certificado generado el 18 de diciembre de 2020 en formato digital firmado electrónicamente, «conforme a la Ley 59/2003 de Firma Electrónica» [sic], haciéndose constar que se «puede comprobar su autenticidad contrastándolo con la versión digital del mismo, en el que se puede comprobar la firma en el panel de firmas».

##### II

Presentada el día 18 de enero de 2021 la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Fernando Trigo Portela, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, 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 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos:

Diario/Asiento: 144/104.

F. presentación: 18/01/2021.

Entrada: 1/2021/4.098,0.

Sociedad: Puzlesfemada S.L.

Hoja:

Autorizante: Prados Ramos Luis.

Protocolo: 2020/2531 de 22/12/2020.

Fundamentos de Derecho:

1. Alta dirección. Retribución compatible con relación laboral ordinaria.

Si bien en principio la relación orgánica que por naturaleza corresponde al administrador no impide la celebración de un contrato laboral o civil con la sociedad con sus retribuciones correspondientes (ver art 220 LSC), esta acumulación de relaciones y retribuciones ha sido condicionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 21 abril 2005, 30 diciembre 1992, 26 marzo 1996 y especialmente la de la Sala 4.ª de 9 diciembre 2009) a que el administrador desarrolle como consecuencia de las últimas, una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo en todo caso los contratos laborales de alta dirección pues, en caso contrario, la función que el administrador ha de desempeñar sobre la base del vínculo laboral estaría ya incluida dentro de la posición orgánica siendo incompatible la dualidad de relaciones y retribuciones prevaleciendo la relación orgánica sobre la laboral – doctrina del vínculo único– (Resoluciones 3 abril 2013 y 12 mayo 2014). Por todo lo dicho deberán condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que el administrador desarrolle como consecuencia de las mismas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

Solicitud de despacho parcial.

Según la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública recogida entre otras en las Resoluciones de 18 de abril de 1994, 14 de diciembre de 2010 y 13 de febrero de 2012, no basta con que la inscripción parcial se solicite por la parte interesada, sino que es preciso que la inscripción así practicada no desvirtúe el negocio celebrado entre las partes. La solicitud genérica de inscripción parcial, en cuanto que cláusula de estilo contenida en el título, no puede ser aplicada sin una rogación específica que determine sobre qué parte concreta de la cláusula debatida se solicita la no inscripción. De lo contrario se deja en manos del Registrador Mercantil la delimitación de la estructura social conformada en los estatutos lo que puede suponer una alteración sustancial de lo pactado.

2. No consta quien o quienes son las personas, apoderados del Banco, que expiden la certificación en representación del mismo ni tampoco se puede comprobar la firma electrónica, al venir extendida en papel. Artículos 5, 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil.

Artículo 6. *Legalidad.*

Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro.

Tampoco el Notario ha legitimado dicha/s firma/s electrónica/s conforme al artículo 262 del Reglamento Notarial. Artículo 261.

1. El notario podrá legitimar las firmas electrónicas reconocidas puestas en los documentos en formato electrónico comprendidos en el ámbito del artículo 258. Esta legitimación notarial tendrá el mismo valor que la que efectúe el Notario respecto de documentos en soporte papel. La legitimación notarial de firma electrónica queda sujeta a las siguientes reglas:

- 1.ª El notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma.

2.<sup>a</sup> El notario presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento.

3.<sup>a</sup> La legitimación se hará constar mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida.

2. La legitimación a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de aquellos otros procedimientos de legitimación, distintos del notarial, previstos en la legislación vigente. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

#### Artículo 61. *Aportaciones dinerarias.*

1. Las aportaciones dinerarias deberán establecerse en euros.
2. Si la aportación fuese en otra moneda, se determinará su equivalencia en euros con arreglo a la ley.

#### Artículo 62. *Acreditación de la realidad de las aportaciones.*

1. Ante el notario autorizante de la escritura de constitución o de ejecución de aumento del capital social o, en el caso de las sociedades anónimas, de aquellas escrituras en las que consten los sucesivos desembolsos, deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella.

2. No obstante lo anterior, no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada si los fundadores manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas.

3. La vigencia de la certificación será de dos meses a contar de su fecha.

4. En tanto no transcurra el periodo de vigencia de la certificación, la cancelación del depósito por quien lo hubiera.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

En sociedades limitadas:

#### Artículo 189. *Aportaciones dinerarias.*

1. Cuando la aportación fuese dineraria, en la escritura de constitución o de aumento del capital, el Notario dará fe de que se le ha exhibido y entregado la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, certificación que el Notario incorporará a la escritura. A estos efectos la fecha del depósito no podrá ser anterior en mes de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital.

2. Lo anterior no será necesario en el caso de que se haya entregado el dinero al Notario autorizante para que éste constituya el depósito a nombre de la sociedad. La solicitud de constitución del depósito se consignará en la escritura.

En el plazo de cinco días hábiles el Notario constituirá el depósito en una entidad de crédito, haciéndolo constar así en la escritura matriz por medio de diligencia separada.

Son defectos subsanables.

En relación con la presente calificación: (...)

Madrid, veinticinco de enero de dos mil veintiuno (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Fernando Trigo Portela a día 25/01/2021.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Prados Ramos, notario de Leganés, interpuso recurso el día 3 de febrero de 2021 mediante escrito en el que alegaba –aparte determinadas consideraciones sobre la aplicación del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil– los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. (...)

Segundo. Respecto al primer defecto alegado por el registrador constituye una extralimitación en sus funciones y un desconocimiento de los que son unos estatutos de una sociedad.

Da a entender que, si no se consta en ellos, la exclusión de que los administradores desarrollen una actividad de alta dirección, supone que están legitimados para hacerlo, cuando no es así.

Los administradores podrán desarrollar actuaciones compatibles con su cargo siempre que sean conforme a derecho, pues los preceptos legales tienen eficacia por encima de los estatutos, y no cabe llegar a la conclusión, como expresamente dice la Resolución de 20 de abril de 1998, de que si no se excluyen ciertas actividades están facultados para hacerlas.

En este mismo sentido debe de recordarse que como ha declarado Resolución de 12 de enero de 1995) que las lagunas que genera en la reglamentación estatutaria la incorporación parcial de la normativa legal no es defecto que impida su inscripción, salvo que resulte que con ello se pretende la exclusión de una norma imperativa, o bien que (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 1993) con la remisión o reproducción parcial de las normas legales se cree un confucionismo que, pueda provocar una falta de información adecuada a los terceros que consultan los libros registrales, pues ello es incompatible con la claridad y precisión exigible en la redacción de las normas estatutarias.

A juicio del recurrente ninguno de tales posibles problemas se plantea con la cláusula cuestionada por el Registrador.

Tercero. Respecto del segundo defecto de que 2. No consta quien o quienes son las personas, apoderados del Banco, que expiden la certificación en representación del mismo ni tampoco se puede comprobar la firma electrónica, al venir extendida en papel. Artículos 5, 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil.

Hay que señalar que la cita de preceptos es absolutamente vacía, que hace que falte a la calificación la más mínima motivación, que determina su nulidad, y se pueda considerar contraria al sentido común, en una situación como la que estamos con limitaciones a la movilidad.

Respecto a la referencia de que tampoco el Notario ha legitimado dichas firmas electrónicas conforme al artículo 262 del Reglamento Notarial. Artículo 261, hay que recordar al registrador que en ningún momento ni la ley de sociedades de capital ni el reglamento del registro mercantil exigen la legitimación de las firmas en las certificaciones bancarias, de modo que está exigiendo un requisito no previsto en la ley, incumplimiento los propios preceptos (artículo 6 RRM) en los que basa su calificación.

El único precepto que podría fundamentar la calificación sería el Artículo 189 del reglamento del registro mercantil que diciendo que “cuando la aportación fuese dineraria, en la escritura de constitución o de aumento del capital, el Notario dará fe de que se le ha exhibido y entregado la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, certificación que el Notario incorporará a la escritura”.

Pues bien, en la escritura consta un certificado como el que dice tal precepto, que por otra parte no exige si quiera que sea firmado, de modo que existe una absoluta libertad de forma respecto del certificado.

Además, de que como ha señalado la Resolución de 4 de noviembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en aras a lograr el mayor rigor para asegurar la consistencia del capital social, el legislador societario ha encomendado siempre de forma exclusiva el control de existencia efectiva, de la realidad de las

aportaciones dinerarias al notario autorizante del correspondiente instrumento público en que se formalice la prestación de tal contravalor del capital social (escritura fundacional, de aumento de capital o de desembolso de dividendos pasivos). De manera tasada se impone que esta comprobación directa la haga el notario, ya sea a través de la certificación (que se unirá a la escritura) justificativa del depósito de las sumas dinerarias en una entidad de crédito a nombre de la sociedad, o bien, en caso de recepción por éste de aquellas sumas, mediante el depósito que haga de las mismas a nombre de aquélla, debiendo quedar la oportuna constancia documental, según el sistema seguido, en los términos previstos en el artículo 62.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuarto. Por todo ello, se solicita la revocación de la calificación impugnada, así como la imposición de costas de este recurso al registrador, con reserva de reclamar los perjuicios ocasionados en forma de documentaciones complementarias, coste de los servicios para hacer los trámites de forma presencial y retrasos en el funcionamiento de la sociedad.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 10 de febrero de 2021, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General. En dicho informe afirmaba y acreditaba que cumplió lo establecido en el artículo 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil, habiéndose inscrito la escritura por otra registradora Mercantil, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, el día 8 de febrero de 2021.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1255 del Código Civil; 23.e), 28, 61, 62, 217, 218, 219, 220, 227, 228, 232, 236, 249, 249 bis, 260, 529 quinceces, 529 septdecies, 529 octodecies, 529 novodecies y 541 de la Ley de Sociedades de Capital; 3 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza; 5, 6, 15, 58, 63 y 189 del Reglamento del Registro Mercantil; 261 y 262 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005, 24 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010, 19 de diciembre de 2011, 19 de diciembre de 2012, 18 y 25 de junio de 2013 y 26 de febrero de 2018; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003, 13 de marzo de 2008; 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 16 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 23 de mayo de 2013, 25 de febrero, 5 y 11 de marzo, 12 de mayo, 17 de junio, 10 de julio y 26 de septiembre de 2014, 19 de febrero, 12 y 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio, 30 de julio, 7 y 17 de septiembre, 5 de noviembre y 16 de diciembre de 2015, 10 de mayo, 17 de junio y 2 de noviembre de 2016, 13 de septiembre de 2017, 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 y 24 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020 y 3 de febrero de 2021.

1. En relación con la primera objeción que el registrador opone a la inscripción de la escritura de constitución la sociedad «Puzlesfemada, S.L.», debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la cláusula de los estatutos por la que se dispone que: «(...) El cargo de Administrador será gratuito, sin perjuicio del pago que pueda hacerse en concepto de honorarios o salarios que pudieran acreditarse frente a la sociedad, en razón de la prestación de servicios profesionales o de vinculación laboral, según sea el caso».

El registrador considera que deberán condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que el administrador desarrolle como consecuencia de las mismas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles –en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es «proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión»; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que “se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella”» (Sentencias número 893/2012, de 19 de diciembre, y número 412/2013, de 18 de junio).

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

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado en las Resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014, entre otras), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos.

La conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores es lo que inspiró la consolidada doctrina del «tratamiento unitario» de las retribuciones percibidas por los administradores, acogida en las Sentencias del Tribunal Supremo 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 concluyó que el administrador remunerado no podía 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 aquélla para la mejora del gobierno corporativo.

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

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

pero en este caso en el Capítulo VI, dedicado al consejo de administración, se incluyeron dos apartados (3 y 4) en el artículo 249, de contenido hasta entonces inédito en este lugar, referentes a la retribución de consejeros ejecutivos; en ellos se prevé que, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesaria la celebración de un contrato previamente aprobado por el propio consejo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, que deberá ser incorporado como anejo al acta de la sesión, a la que el designado deberá abstenerse a de asistir y votar, y se especifica que en tal contrato, que habrá de «ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general», deberán detallarse «todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro», de manera que «el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato». Y, dentro del Título XIV, atinente a las sociedades anónimas cotizadas, se añade una nueva Sección, la Tercera, relativa a las «Especialidades de la remuneración de los Consejeros» e integrada por los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies, donde expresamente se atribuye al consejo de administración la competencia para «fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general» (artículo 529 octodecies, apartado 2). Finalmente, esta última Sección ha sido recientemente modificada por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (no vigente aún).

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



esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero».

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

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

entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales».

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

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

3. En el presente caso, la cláusula estatutaria debatida se refiere a los administradores que integren tanto un órgano de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios) como colegiado (consejo de administración).

Cabe recordar que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de junio de 2013 –recurso número 1469/2011–, afirmó que, según la jurisprudencia de la Sala Cuarta del mismo Tribunal «...“como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral...” [SSTS (4.ª) de 26 de diciembre de 2007 (recurso 1652/2006), 9 de diciembre de 2009 (recurso 1156/2009), 24 de mayo de 2011 (recurso 1427/2011) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011)]».

Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 10 de mayo de 2016, 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. Y, no sólo en el caso de órgano de administración colegiado sino también en los supuestos 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; sin que proceda decidir en este expediente sobre el posible margen existente para el contrato laboral de alta dirección, según la estructura del órgano de administración de que se trate).

De las anteriores consideraciones –y como ya afirmara este Centro Directivo en la citada Resolución de 10 de mayo de 2016– 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– añada que se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo.

En el presente caso la redacción de la cláusula estatutaria objeto de debate podría haber sido más clara en ese sentido. Pero, interpretada en su conjunto (vid. la Resolución de este Centro Directivo de 12 de mayo de 2014) y del modo más adecuado para que produzca efecto, resulta indubitado que el cargo de administrador es gratuito para todos los administradores, sin perjuicio de la remuneración que puedan corresponderles «en concepto de honorarios o salarios» por «prestación de servicios profesionales o de vinculación laboral», que no cabe sino entender que se trata de servicios o relaciones laborales ajenos a las facultades inherentes al cargo de administrador, sin que nada se exprese que conduzca a concluir, como hace el registrador en su calificación, que aquéllos sean derivados de su condición de administradores.

Por ello, el defecto debe ser revocado, también respecto de la negativa a la inscripción parcial solicitada, toda vez que el registrador debió acceder a ella, conforme artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, pues la cláusula estatutaria debatida cuya inscripción se rechaza no afecta a la esencia del negocio jurídico formalizado y tiene autonomía en relación con las restantes disposiciones estatutarias.

4. La segunda de las objeciones que expresa el registrador en su calificación se refiere a que, según consta en la escritura calificada, la realidad de las aportaciones dinerarias se acredita con certificaciones bancarias expedidas por la «Entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», en las que figura el sello de dicha entidad y sendas firmas ilegibles, si bien aquellas son copia impresa del certificado generado en formato digital firmado electrónicamente, «conforme a la Ley 59/2003 de Firma Electrónica» [sic], haciéndose constar que se «puede comprobar su autenticidad contrastándolo con la versión digital del mismo, en el que se puede comprobar la firma en el panel de firmas».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque no consta la persona, apoderado del banco, que expide la correspondiente certificación acreditativa de la aportación dineraria ni tampoco se puede comprobar la firma electrónica, al venir extendida en papel. Añade que tampoco el notario ha legitimado dichas firmas electrónicas conforme a los artículos 261 y 262 del Reglamento Notarial.

Respecto de las aportaciones dinerarias en la constitución de la sociedad, si se opta por acreditar la realidad de aquéllas (en vez de manifestar los fundadores en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas), los artículos 62.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 189 del Reglamento del Registro Mercantil establecen que esa acreditación deberá realizarse mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella. De este modo, se permite que el desembolso se justifique mediante un documento privado, expedido por la

entidad de crédito, pero sin exigencia alguna de legitimación de la firma de quien lo expide ni acreditación de su representación (exigencia que, como puso de relieve «obiter dicta» este Centro en Resolución de 16 de diciembre de 2015, sin duda provocaría la parálisis de una operativa tan frecuente como la ahora debatida).

Si se tiene en cuenta que los documentos privados firmados electrónicamente tienen el mismo valor y la eficacia jurídica que corresponda a los documentos con firma manuscrita (cfr. artículo 3 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza), debe concluirse que no puede exigirse para aquéllos mayores requisitos relativos a la acreditación de su autenticidad que los que se exigen a éstos. Por ello, este defecto no puede ser confirmado.

5. Respecto de las alegaciones del recurrente sobre el hecho de que se hayan inscrito cláusulas estatutarias y escrituras análogas en el Registro Mercantil de Madrid, debe recordar que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadoras de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica (vid., por todas, Resoluciones de 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 5 y 11 de marzo y 10 de julio de 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 de septiembre de 2015, 2 de noviembre de 2016, 13 de septiembre de 2017 y 4 de junio de 2020, entre muchas otras).

6. Finalmente, respecto de la petición de imposición de las costas de este recurso al registrador debe estimarse competente este Centro Directivo habida cuenta de lo establecido en el artículo 130 del Reglamento Hipotecario, pues, aunque en el presente procedimiento ante esta Dirección General no es preceptiva la intervención de abogado y procurador ni existen tasas, en cambio sí que pueden ocasionarse otros gastos (p. ej. costes de expedición de copias o testimonios así como cualquier otro desembolso que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de este procedimiento) que, una vez acreditados debidamente, habrán de ser resarcidos (cfr., Resoluciones de esta Dirección General de 13 de marzo de 2008, 24 de julio de 2019 y 3 de febrero de 2021).

No obstante, en el presente caso no puede accederse a dicha solicitud, pues no concurren circunstancias que denoten existencia de ignorancia inexcusable del registrador, aunque sí una interpretación de las normas aplicables que carece claramente de fundamento.

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de abril de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.