

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

20039 *Resolución de 16 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles I de A Coruña, por la que se resuelve no practicar la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una compañía, en relación con la retribución de los administradores.*

En el recurso interpuesto por don J. I. F. P., administrador único de la compañía mercantil «Forno e Ferretería Foxo, S.L.», contra la nota de calificación emitida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de A Coruña, don Enrique Rajoy Brey, por la que resuelve no practicar la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha compañía, en relación con la modificación de un artículo estatutario respecto de la retribución de los administradores.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 25 de mayo de 2021 por el notario de Ferrol, don Pedro Luis García de los Huertos Vidal con el número 1.460 de protocolo, se procedió a elevar a público determinados acuerdos adoptados por la junta extraordinaria de socios de la compañía «Forno e Ferretería Foxo, S.L.» celebrada el día 2 de enero de 2021; a los efectos que aquí interesan, el acuerdo controvertido consistía en la modificación de un artículo estatutario referido a los modos de organizar la administración y a la retribución de los administradores. El texto completo del artículo 13 de los estatutos sociales tras la modificación era el siguiente:

«La Administración de la Sociedad y su representación en juicio y fuera de él corresponderá a un Administrador Único, a varios Administradores, que actuarán solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración, a elección de la Junta General. En el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por dos de ellos.

El cargo de Administrador es gratuito, por el desempeño de las facultades inherentes a dicho cargo que sean indelegables, según las leyes de sociedades de capital. No obstante, dicha gratuidad se entiende, sin perjuicio de cualquier otra retribución que, por prestaciones distintas a las indelegables como Administrador, pueda percibir la persona que ostente dicho cargo. En este caso, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los Administradores deberá ser aprobado por la Junta General y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación.

Salvo que la Junta General determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos Administradores se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del Consejo de Administración, por decisión. de este, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

La Sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus Administradores.»

El otorgamiento tercero de la escritura tenía el contenido siguiente: «a) (...) b) Asimismo, se modifica el artículo 13.º de los Estatutos Sociales, relativo a la retribución del cargo de Administrador, que pasará a ser gratuito y quedará íntegramente redactado en la forma que consta en la certificación adjunta». Y, según la certificación de tales

acuerdos incorporada en la escritura, el punto del orden del día relativo a aquéllos era el siguiente: «Primero. Modificación del artículo 13.º de los Estatutos Sociales, para precisar lo relativo a la retribución de los administradores».

II

Presentada el día 13 de julio de 2021 dicha escritura en el Registro Mercantil de A Coruña, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Enrique Rajoy Brey, Registrador Mercantil de A Coruña, 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: 94/3768.

F. presentación: 13/07/2021.

Entrada: 1/2021/4.448,0.

Sociedad: Forno e Ferretería Foxo SL.

Autorizante: García de los Huertos Vidal, Pedro Luis.

Protocolo: 2021/1460 de 25/05/2021.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. En cuanto a la nueva redacción del artículo 13.º de los Estatutos: Deberán indicar, en el caso de que la administración la ejerzan Administradores Solidarios o Mancomunados, o bien su número, o bien el número mínimo y máximo (Artículo 211 de la Ley de Sociedades de Capital y 185 del Reglamento del Registro Mercantil).

2. Sin perjuicio de lo anterior, de la redacción del artículo no resulta el carácter retribuido o no del cargo de Administrador, ni la forma de retribución, en su caso (Artículo 217 de la L.S.C. y 185 del R.R.M).

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: (...)

Coruña, A, a 20 de julio de 2021 (firma ilegible).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. I. F. P., administrador único de la compañía mercantil «Forno e Ferretería Foxo, S.L.», interpuso recurso el día 20 de agosto de 2021 contra la calificación referida.

Por oficio, de fecha 25 de agosto de 2021, titulado «notificación de calificación», se comunicó al recurrente la inadmisión del recurso en los siguientes términos:

«1. No se procede a la tramitación del recurso de referencia, por el siguiente motivo, conforme a lo estipulado en el Art. 326 LH.^a, por no constar la autenticidad de la firma contenida en el escrito de recurso presentado, en cuanto a la persona que lo interpone, el Administrador Único, don J. I. F. P., al no aparecer amparada por firma electrónica reconocida, conforme a lo establecido en los artículos 110 y siguientes de la Ley 24/2021, de 27 de diciembre [sic], 7 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, y 10 y 11 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (Resolución de 9 de junio de 2021, de la D.G.S.J.F.P.).

2. En tanto que no transcurran los plazos que se indican a continuación, podrá subsanarse el defecto apuntado, suspendiéndose el plazo para la interposición del recurso contra la nota de calificación origen del recurso originario.»

Subsanado el defecto, a juicio del registrador, mediante lo que parecía ser una firma electrónica, fue admitido el recurso con el siguiente tenor literal:

«Que en fecha 20 de julio de 2021, y en relación con la escritura pública de elevación a público de acuerdos de la entidad mercantil Forno e Ferretería Foxo, S.L., de fecha veinticinco de mayo de dos mil veintiuno del notario de Ferrol don Pedro Luis García de los Huertos Vidal (número de protocolo 1460), se nos ha notificado la calificación negativa del Sr. Registrador Mercantil de A Coruña, de la misma fecha, del siguiente tenor: (...)

Y considerando, dicho sea, salvados los oportunos respetos y en términos de estricta defensa que con relación a los fundamentos de derecho de la denegación de inscripción, tanto el motivo primero, como el segundo, no se ajustan a Derecho, es por lo que se formula frente a los mismos el correspondiente recurso que se articula a medio del presente escrito y por los motivos que pasamos a exponer.

Motivos.

Primero. La resolución impugnada considera como defecto que la nueva redacción del art. 13 de los Estatutos “Deberán indicar, en el caso de que la administración la ejerzan Administradores Solidarios o Mancomunados, o bien su número, o bien el número mínimo y máximo (art. 211 de la Ley de Sociedades de Capital y 185 del Reglamento del Registro Mercantil)”.

Sorprende tal calificación pues en dicho aspecto, el art. 13 mantiene en su integridad la anterior redacción que en su día fue calificada y mereció la inscripción con dicha redacción. En efecto, si nos fijamos en la redacción señalada, la misma no ha variado en absoluto de la que ya consta inscrita en el Registro, con lo que no tiene sentido la denegación señalada. En la escritura de constitución que consta inscrita ya en el Registro, el art. 13.º, relativo a la Administración de la Sociedad reza así: “La Administración de la Sociedad y su representación en juicio y fuera de él corresponderá a un Administrador Único, a varios administradores, que actuarán solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración, a elección de la Junta General. En el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por dos de ellos”. Esto ya está inscrito, como se dice, y la nueva redacción nada varía a la ya inscrita en este sentido. De hecho, la Junta designó ya a un administrador único que es quien suscribe el presente escrito, lo que asimismo consta inscrito en el Registro, y al igual, en el caso de Consejo de Administración, consta inscrito un número mínimo y máximo de componentes, ya en la misma redacción estatutaria que acompañó a la escritura de constitución, con lo que carece de sentido la calificación negativa que impugnamos.

Segundo. La resolución impugnada considera como defecto que de la redacción del art. 13 de los Estatutos “no resulta el carácter retribuido o no del cargo de Administrador, ni la forma de retribución, en su caso”, extremo con el que no podemos estar conformes.

Como consta en la escritura que se aporta, el acuerdo societario en orden a la nueva redacción del mencionado precepto es el siguiente:

“Primero. Modificar el artículo 13.º de los Estatutos Sociales que pasa a tener la siguiente redacción: Artículo 13 - La Administración de la Sociedad y su representación en juicio y fuera de él corresponderá a un Administrador Único, a varios Administradores, que actuarán solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración, a elección de la Junta General. En el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por dos de ellos.

El cargo de Administrador es gratuito, por el desempeño de las facultades inherentes a dicho cargo que sean indelegable, según las leyes de sociedades de capital. No obstante, dicha gratuidad se entiende, sin perjuicio de cualquier otra retribución que, por prestaciones distintas a las indelegables como Administrador, pueda percibir la persona que ostente dicho cargo. En este caso, el importe máximo de la remuneración anual del

conjunto de los Administradores deberá ser aprobado por la Junta General y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación.

Salvo que la Junta General determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos Administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del Consejo de Administración, por decisión de este, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

La Sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus Administradores.”

A juicio de esta parte, una lectura correcta del indicado artículo estatutario no permite entender que exista una transgresión de los preceptos legales que indica la calificación del Sr. Registrador en el fundamento jurídico segundo.

En efecto, del examen de la redacción del artículo 13 que se pretende dar a los Estatutos, consta de forma suficiente, a juicio de esta parte, la determinación del carácter retribuido o no del cargo de administrador, además de definirse el sistema de retribución de forma ajustada a la Ley y a la jurisprudencia y doctrina recaída al respecto.

En efecto, en primer lugar es doctrina reiterada de la DGRN que cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Del análisis de la nota de calificación que nos ocupa es evidente que la calificación está insuficientemente motivada en este particular aspecto.

A estos efectos, es preciso destacar que las innovaciones introducidas en el procedimiento registral por las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre, y 24/2005, de 18 de noviembre, que supusieron la modificación de numerosos preceptos de la Ley Hipotecaria, tuvieron por objeto la aplicación a dicho procedimiento de las mínimas garantías que cualquier administrado ha de disfrutar frente a una Administración cuando se relaciona con ella; así, debe recordarse que los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, son Administración a estos efectos.

Por ello, se modificó la Ley Hipotecaria en el sentido de exigir, por ejemplo, que la calificación negativa se motivara (párrafo segundo del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria), de modo que en dicha calificación se hicieran constar íntegramente las causas suspensivas o denegatorias y su motivación jurídica ordenada en hechos y fundamentos de derecho. Dispone así el referido art. 19 bis de la Ley Hipotecaria en la parte que aquí interesa que: “La calificación negativa, incluso cuando se trate de inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado, deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente”.

El Legislador pretendió aplicar a la calificación del Registrador las mismas exigencias que pesan sobre cualquier órgano administrativo cuando dicta un acto administrativo, pues es evidente el paralelismo existente entre el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y, por ejemplo, los artículos 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 103.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

En consecuencia, procede destacar que sobre el Registrador pesa el deber ineludible de motivar su calificación cuando es de carácter negativo, pues su consecuencia no supone sino la denegación de un derecho del ciudadano –inscripción del hecho, acto o negocio jurídico documentado en el título—. Por ello, deben exigirse al funcionario calificador, en orden al cumplimiento de su deber de motivar la calificación, las mismas exigencias y requisitos que a cualquier órgano administrativo y que se resumen,

esencialmente, en dos: la denominada tempestividad (esto es, que sea oportuna en tiempo) y la suficiencia de la motivación ofrecida.

En el presente caso la más que manifiesta insuficiente motivación debería conllevar cuando menos la anulación de la calificación en este particular aspecto, y la devolución del expediente al funcionario calificador, para que éste volviera a calificar el título presentado cumpliendo con la exigencia de motivación, no obstante, cree esta parte que existen datos suficientes como para que se revoque su decisión en cuanto al fondo, pese a esa falta de motivación, por lo que por razones de economía procesal así se interesará en el súplica.

En efecto, es preciso señalar que en la redacción del citado artículo estatutario (art. 13) se expresa cuándo el cargo de administrador es retribuido y cuando no, así como el sistema de retribución de forma congruente con la ley y con la doctrina jurisprudencial recaída hasta el momento, contemplando genéricamente todas las hipótesis de la casuística del órgano de administración a fin de evitar innecesarias y sucesivas modificaciones estatutarias.

En efecto, si observamos la redacción del artículo 13, a los efectos que nos ocupan, este dispone: “El cargo de Administrador es gratuito por el desempeño de las facultades inherentes a dicho cargo que sean indelegables según las leyes de sociedades de capital. No obstante, dicha gratuidad se entiende, sin perjuicio de cualquier otra retribución que, por prestaciones distintas a las indelegables como Administrador, pueda percibir la persona que ostente dicho cargo. En este caso, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los Administradores, deberá ser aprobado por la Junta General y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación.

Salvo que la Junta General determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos Administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del Consejo de Administración, por decisión de éste, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada Consejero.

La Sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus Administradores”.

En efecto, se dice que el cargo es gratuito en relación con las funciones que sean inherentes e indelegables para los administradores según la ley de sociedades de capital. La norma aclara de forma precisa cuándo el cargo es así gratuito, añadiendo y aclarando que, así se entiende con meridiania suficiencia, cabe una retribución por prestaciones diferentes a las indelegables, en cuyo caso, las funciones, responsabilidades y retribuciones serán fijadas contractualmente.

Pues bien, 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 la sentencia 441/2007, de 24 de abril, se dice 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).

Conforme a la normativa entonces vigente, la Dirección General de Registros y del Notariado había venido manteniendo reiteradamente que el concreto sistema de retribución de los administradores debería 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 se ha venido manteniendo 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.

Del mismo modo, conforme a la normativa entonces vigente, y en relación con las retribuciones de los administradores, la jurisprudencia recaída en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 y 18 y 25 de junio de 2013, ha venido a establecer que 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 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, la DGRN, conforme a la normativa entonces vigente, vino manteniendo que el administrador remunerado no podía recibir ninguna otra retribución extra-estatutaria 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.

Nos encontrábamos, entonces, limitados por una normativa que ha sufrido un radical giro en la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. En efecto, esta norma, 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”.

La RDGRN 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”.

La DGRN en Resolución de 10 de mayo de 2016 y la de 26 de abril de 2021 han establecido que 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, abstracción hecha del 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 la DGRN en la 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 del art. 13 de los Estatutos contempla el carácter gratuito del cargo para las facultades que son indelegables, esto es, que resultan inherentes a las facultades de gestión y representación propias del cargo, al mismo tiempo que contempla la posibilidad de retribución al administrador por la prestación de otros eventuales servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las mencionadas facultades de gestión y representación inherentes al cargo. Una adecuada interpretación de la cláusula hace evidente que el cargo de administrador es gratuito para todos los administradores, sin perjuicio de la remuneración que puedan corresponderles por prestación de servicios ajenos a las facultades inherentes e indelegables al cargo de administrador como pudiera ser, entre otras, la formulación de las cuentas anuales. Conforme a esa interpretación, y como en otros supuestos ya ha hecho la DGRN (por ejemplo, en la Resolución de 26 de abril de 2021) la cláusula, podría ser inscribible sin que observemos obstáculos insalvables para ello.

A juicio de esta parte, la resolución del registrador no respeta las modificaciones introducidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014 e infringe los artículos 217 y 249 de la citada Ley. En esencia, el citado cambio normativo implica que nuestro Derecho positivo consagra la admisibilidad de la dualidad retributiva respecto de los administradores. De este modo, el artículo 217 dispone que, si los estatutos establecen que el cargo de administrador sea remunerado, deberán determinar el sistema de remuneración, especificando los conceptos retributivos a percibir por los administradores “en condición de tales”. Por el contrario, en el caso que alguno de los miembros del consejo de administración o administradores sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas, se debe aplicar el artículo 249, por lo que basta con que se suscriba un contrato con las cautelas establecidas en los apartados tercero y cuarto del citado precepto. La remuneración, por tanto, no estará ya, en estos casos, sujeta a los estatutos y al acuerdo de la junta.

El Registrador parece entender, aunque sin motivarlo suficientemente, que la redacción del citado artículo vulnera el principio de reserva estatutaria, pues entiende que tanto la existencia de remuneración como el concreto sistema de retribución de los administradores son circunstancias que necesariamente deben constar en los estatutos sociales, ya sea en el momento de su constitución o con posterioridad en las respectivas modificaciones. Es más, cabe entender que lo que quiere decir el Registrador es que la reserva estatutaria se extiende a toda retribución.

Como antes hemos referido, en el régimen jurídico de la remuneración de los administradores ha tenido especial incidencia la Ley 31/2014, de 3 de diciembre y particularmente en relación a si la reserva estatutaria que proclama en términos

generales el artículo 217 de la Ley se extiende o no a la retribución de los consejeros o administradores con funciones ejecutivas.

El artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 10 de julio, disponía lo siguiente:

“1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será, fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos.”

La necesidad de que el sistema de retribución de los administradores sociales constase en los estatutos también estaba contemplada en los artículos 130 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y en el artículo 66 de La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Esa exigencia legal, definida como “reserva estatutaria”, implica que los estatutos han de definir el régimen retributivo de los administradores, especificando todos los conceptos que lo integran, sin que puedan delegar esa competencia en la junta general o en otros órganos de la sociedad. Sólo la cuantía de la retribución, a falta de una previsión específica en los estatutos, puede determinarse por la junta general.

Durante la vigencia del texto reformado e, incluso, bajo el imperio del artículo 130 del TRLSA, se vino sosteniendo doctrinalmente que era posible concebir un régimen diferenciado para los consejeros delegados o, en general, para los consejeros o administradores con funciones ejecutivas, a los que no se aplicaría el principio de reserva estatutaria en materia de retribución. Habría que distinguir, según los partidarios de esa interpretación, entre los consejeros o administradores con funciones meramente deliberativas o de supervisión, de un lado, y los consejeros o administradores que asumen funciones ejecutivas o de gestión ordinaria de la sociedad, de otro. La retribución de los primeros vendría determinada por los estatutos, en tanto que para los consejeros ejecutivos su retribución no estaría sujeta a la exigencia de cobertura estatutaria, al menos en las funciones que exceden de las meramente deliberativas o de control. El mismo acuerdo de delegación debe determinar las condiciones retributivas, sin sujeción a lo previsto en los estatutos (artículo 141 de la LSA de 1989 y 249 del TRLSC). Sin embargo, en la medida que el artículo 217 de la Ley (artículo 130 de la LSA) aludía a la retribución de los administradores, sin distinguir en atención a las funciones desempeñadas, de forma mayoritaria se venía entendiendo que la retribución de los consejeros ejecutivos o administradores no podía quedar al margen de los estatutos (la llamada doctrina del vínculo).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013 recopila la jurisprudencia sobre el fundamento de la reserva estatutaria y la necesidad de dar un tratamiento unitario a la retribución del administrador. Extractamos a continuación los pasajes más relevantes de la Sentencia:

“Esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el 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»’ (sentencia de la

Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008). En el caso allí enjuiciado se trataba de una sociedad anónima, pero los razonamientos son igualmente aplicables a la sociedad limitada, como es la demandada.

Este criterio legal, que persigue que los socios estén correctamente y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en las que deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad. Esta finalidad de fomentar la transparencia y lo que se ha venido a llamar una ‘gobernanza empresarial sana’ está también presente en las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea y en los códigos de buen gobierno elaborados por las autoridades reguladoras.”

La misma Sentencia de junio de 2013 reitera la doctrina jurisprudencial, sintetizada en la Sentencia de 9 de 29 [sic] de mayo de 2008, sobre el tratamiento que debe darse a aquellas retribuciones contrarias a previsiones estatutarias, que se pretenden justificar en contratos de alta dirección, afirmando, en principio, el tratamiento unitario de la retribución en los siguientes términos:

“La jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del Real Decreto legislativo 1.564/1989 y 66 de la Ley 2/1995, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria.

Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.”

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo, altera sustancialmente el régimen retributivo de los administradores de las sociedades de capital. El artículo 217 queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 217. Remuneración de los administradores.

1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- j) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

3. 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. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.”

Los apartados tercero y cuarto del artículo 249, por su parte, disponen lo siguiente:

“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.”

El criterio del Registrador demandado parece ser el de la imperatividad absoluta en esta materia del principio de reserva estatutaria, exigiendo que tanto la existencia de la remuneración como el concreto sistema de retribución deben constar necesariamente en los estatutos sociales. Tal criterio, aunque respetable, no puede ser compartido.

A juicio de esta parte, y con apoyo en jurisprudencia consolidada, la Reforma de 2014 desdobra el régimen retributivo; uno, de carácter general, aplicable a los administradores “en su condición de tales”, y otro específico para los consejeros o administradores ejecutivos, que se regula en el artículo 249 de la Ley. La reserva estatutaria del artículo 217 sólo es predicable a la retribución de los consejeros o administradores no ejecutivos. Sólo respecto de estos los estatutos han de establecer si el cargo es remunerado y determinar, en su caso, el sistema de remuneración (apartado primero). Y a la junta general le corresponde fijar el importe máximo de la remuneración del conjunto de los administradores, permaneciendo vigente en tanto no se apruebe su modificación (apartado tercero). En el caso que nos ocupa, la redacción deja claro que el cargo de administrador es gratuito en relación con las funciones indelegables como tales administradores, por lo que al no existir retribución huelga señalar nada más al respecto y por ello no se viola el art. 217 LSC. Ciertamente que en el artículo se contempla que los administradores puedan ejercer funciones (funciones ejecutivas) que serán retribuidas en la forma que se señala, pero tal posibilidad existe y es congruente con la ley, como estamos viendo. Los consejeros ejecutivos tienen la condición de administradores, pero en tal carácter su remuneración no se sujeta a las exigencias del artículo 217. En efecto, el empleo de la locución “en su condición de tales” que se añade al término “administradores”, tanto en el apartado primero como en el apartado tercero del artículo 217, sólo se explica si se establece una distinción entre quienes ejercen funciones ejecutivas y los que son simples administradores, tal y como se venía apuntando antes de la Reforma. La expresión “en su condición de tales” no puede ser

baladí o superflua, sino que se introduce en la Ley con el propósito de delimitar y restringir la reserva estatutaria en el sistema de remuneración de los administradores. El artículo 529 duodécimo contempla precisamente esa distinción o categorías de consejeros para las sociedades cotizadas; son “consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella” y son “consejeros no ejecutivos los restantes”. A los administradores “en su condición de tales” también parece referirse el artículo 1.3, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, para excluir del ámbito de la Ley “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”.

El artículo 249.3.º y 4.º establece un régimen propio de remuneración del consejero ejecutivo, separado del régimen general del artículo 217, para el que no existe reserva estatutaria ni intervención de la junta en la determinación del importe máximo. Se regula por un contrato celebrado con la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, debiendo abstenerse el consejero afectado de la deliberación y de la participación en la votación. 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 propio artículo 249 establece sus propias cortapisas a la retribución del consejero ejecutivo, distintas, por tanto, de las reservas del artículo 217: el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en el contrato y “este deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.” Que el contrato deba sujetarse a la “política de retribuciones aprobada en la junta” conlleva además que no deba ajustarse a otras limitaciones previstas en los estatutos.

Es más, la Dirección General de los Registros y del Notariado sigue prácticamente el mismo criterio, que se fijó, inicialmente, en su resolución de 30 de julio de 2015 y que ha sido reiterado después en las resoluciones de 5 de noviembre de 2015, 10 de mayo de 2016 y 17 de junio de 2016. Reproducimos a continuación los fundamentos de esta última resolución:

“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. 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).”

Cree por todo ello esta parte que debe ser estimado el recurso y revocarse la calificación del Registrador en cuanto al punto impugnado.

Tercero. A mayor abundamiento, la escritura que motivó la calificación eleva a público un acuerdo de reducción de capital y la correlativa modificación de estatutos, acuerdos respecto a los que la calificación nada refiere, cuando se interesó la inscripción siquiera fuera parcial de la misma; luego si no existen obstáculos en relación con el acuerdo de reducción y modificación estatutaria subsiguiente, pues nada se menciona al respecto en la calificación, no debería haber existido óbice para su inscripción.

Por todo lo expuesto,

Intereso que por presentado este escrito, con sus copias, tenga por promovida la correspondiente impugnación y recurso frente a la calificación efectuada por el Registrador Mercantil de A Coruña don Enrique Rajoy Brey de fecha 20 de julio de 2021, a que se refiere el presente recurso e identificada en el mismo, en relación con la escritura pública de elevación a público de acuerdos de la entidad mercantil Forno e Ferretería Foxo, S.L., de fecha veinticinco de mayo de dos mil veintiuno del notario de Ferrol don Pedro Luis García de los Huertos Vidal (número de protocolo 1460), que debe ser revocada en cuanto a los defectos identificados bajo los números 1) y 2) de su fundamentación jurídica, esto es, “Deberán indicar, en el caso de que la administración la ejerzan Administradores Solidarios o Mancomunados, o bien su número, o bien el número mínimo y máximo”, y “no resulta el carácter retribuido o no del cargo de Administrador, ni la forma de retribución, en su caso”, y así se interesa a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, declarándose la improcedencia de los referidos defectos señalados en la nota de calificación registral, revocando la misma en este aspecto, y ordenando la inscripción de la escritura calificada en su totalidad, incluyendo los acuerdos de reducción de capital y modificación estatutaria correlativa.»

IV

El día 20 de septiembre de 2021, el registrador Mercantil emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, donde declaraba haber dado traslado del recurso al notario autorizante del título calificado y no haber recibido sus alegaciones en término hábil, y confirmaba el contenido de su nota de calificación. Una vez más, debe reiterarse que el informe a que se refiere el artículo 327 de la Ley Hipotecaria no es el trámite procesal oportuno para, a la vista del recurso, incluir argumentos en defensa de la nota de calificación, conducta que atenta contra la consideración debida al administrado y

comporta una vulneración de su derecho de defensa. En el caso examinado en este expediente, el exceso argumentativo llega incluso a tratar de suplir la incorrecta descripción del defecto advertido y la consecuente falta de fundamentación de la nota.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 de la Constitución Española; 19 bis, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 20 del Código de Comercio; 23, 211, 217, 218, 219, 249, 249 bis y 529 duodecimos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 7 y 158 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1993, 15 de abril de 1997, 10 de junio y 27 de agosto de 1998, 11 de febrero y 9 de marzo de 1999, 6 de junio de 2002, 23 de marzo, 29 de junio y 7 de julio de 2011, 12 de mayo de 2014, 30 de julio y 5 de noviembre de 2015, 10 de mayo y 17 de junio de 2016 y 27 y 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020 y 26 de abril, 25 de mayo, 9 de junio y 7 de julio de 2021.

1. En este expediente debe decidirse sobre la inscripción de una cláusula estatutaria referida al órgano de administración de una sociedad de responsabilidad limitada que, a juicio del registrador Mercantil, presenta dos problemas. Primero, la falta de concreción del número de administradores, tanto si son solidarios como mancomunados o, en su defecto, el mínimo y el máximo de los que podrán ser nombrados. Es importante destacar, como así se hace en el recurso, y no ha sido cuestionado por el registrador en su informe, que el párrafo controvertido no era una novedad del acuerdo de la junta general que se eleva a escritura pública, sino que estaba inscrito en los mismos términos que ahora generan la controversia desde la constitución de la sociedad el año 2007, es decir, antes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. El segundo defecto atiende al régimen de retribución de los administradores, al entender el registrador que la cláusula no es suficientemente clara, pues, de un lado, señala la gratuidad del cargo de administrador, solo por «el desempeño de las facultades inherentes a dicho cargo que sean indelegables», pero, de otro lado, dispone la posible existencia de una posible retribución, cuyos conceptos no detalla, por «prestaciones distintas a las indelegables como Administrador».

2. El primer defecto no puede ser confirmado. Al tiempo de inscribirse la cláusula cuestionada la doctrina de esta Dirección General era que, a diferencia de lo dispuesto para las sociedades anónimas, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no exigía la especificación estatutaria del número de administradores ni, en su defecto, del número máximo y mínimo (Resoluciones de 15 de abril de 1997, 10 de junio y 27 de agosto de 1998, y 11 de febrero de 1999). La situación cambia con el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues su artículo 23, letra e), extiende a la sociedad limitada la misma exigencia de concreción numérica que antes se establecía únicamente para la sociedad anónima (Resoluciones de 23 de marzo de 2011 y 29 de junio de 2011). Pero este cambio, como tal, solo podía afectar a las sociedades de constitución posterior, o que expresamente reformaran a partir de ese momento esa cláusula estatutaria. Como tal, el nuevo texto legal no generó deber alguno de adaptación a un marco jurídico que, por la propia naturaleza de la refundición, tampoco podía considerarse nuevo. Por consiguiente, ningún motivo hay para privar a la cláusula de la presunción de validez del acto inscrito en el Registro Mercantil. Además, tampoco existe una contradicción con norma imperativa actual que haga imposible su aplicación, al modo de la que en alguna ocasión esta Dirección General ha denominado «adaptación legal» (Resolución de 27 de octubre 2018). Simplemente, al hacer el nombramiento de administradores la sociedad no vendrá constreñida por una disposición estatutaria que obligaría, caso de optar por un número distinto, a modificar antes los estatutos, con

sometimiento a exigencias más rigurosas de procedimiento y de mayorías. En ese sentido, la sociedad tiene derecho a mantener aquel régimen especial, solo por razón de la fecha de la inscripción.

El problema que se plantea es de orden puramente formal, pues, al tener que incluir literalmente la nueva redacción del artículo de los estatutos que se modifica (artículo 158.1.5.º del Reglamento del Registro Mercantil), la parte no alterada también se recoge en la nueva redacción íntegra total del artículo afectado, generando la falsa impresión de que también es objeto de reforma, pero basta una mera comparación entre la antigua y la nueva redacción del precepto estatutario para determinar qué parte cambia y qué parte se mantiene. Respecto de esta segunda no hay propiamente modificación estatutaria, aunque se incluya en la nueva versión. Conviene no olvidar que el mandato de transcripción íntegra solo responde a la finalidad de evitar dudas y errores que pudieran surgir si, para integrar alguna de las normas de los estatutos, fuera necesario acudir a distintos asientos donde obrasen de forma fragmentaria apartados, párrafos o palabras sueltas, añadidas o modificativas de la redacción original, tarea que no puede encomendarse de oficio al registrador (Resolución de 9 de marzo de 1999). Pero ese objetivo de mayor claridad registral no puede trocar en reforma de los estatutos lo que la sociedad realmente no ha querido cambiar. En nuestro caso, consta con total claridad que la sociedad solo pretendía modificar el régimen de retribución de los administradores, nada más, así que el registrador, en cuanto al resto no alterado, debe atenerse a lo que ya estaba inscrito.

Es una situación similar a la que se genera por la refundición de los estatutos, en particular cuando responde a una mera finalidad de nueva ordenación y sistematización de normas o reglas vigentes, pero sin dar cumplimiento a un deber de adaptación legalmente impuesto. En este segundo caso la presunción de validez del acto inscrito no puede limitar la calificación respecto de aquellas reglas estatutarias que no experimentan variación en relación con su contenido registral, «pues tal presunción ya no puede operar con referencia a un nuevo régimen jurídico vigente al tiempo de calificar, a cuya luz se han de examinar aquellas en cuanto su armonía con éste es afirmada por la declaración de la voluntad social de tenerlas como tales acomodadas al nuevo marco jurídico» (Resolución de 6 de junio de 2002). Pero en nuestro caso, ni hay un deber legal de adaptación, ni la sociedad pretende una nueva ordenación de una norma vigente, sino que, simplemente, incluye en el artículo estatutario la parte no modificada, para dar cumplimiento a una exigencia reglamentaria de claridad registral. Siendo así, y como dijera la Resolución de 21 de octubre de 1993, «el principio de seguridad jurídica, cuya garantía asume directamente el art. 9.3 CE, y la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales –arts. 20 CCom. y 7 del Reglamento del Registro Mercantil– vedan al registrador la posibilidad de entrar de nuevo, so pretexto de una refundición derivada de la modificación de otros extremos de los mismos estatutos cuya validez no se cuestiona, a calificar la legalidad del contenido ya inscrito de los mismos y que resulta inalterado en esa refundición».

3. En relación con el segundo defecto, 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, en particular tras 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, y posteriormente del pronunciamiento de la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de febrero de 2018.

Dicha sentencia declara, respecto de las sociedades no cotizadas, que «la relación entre el art. 217 TRLSL (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSL 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 TRLSL, 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 TRLSL, 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 TRLSL y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSL 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 TRLSL, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSL, 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 TRLSL», 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.

Como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la literalidad del referido artículo 249 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 apartado 4 del mismo artículo 249 «(...) deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general». Pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria.

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 aprueba 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 (Resolución de 7 de julio de 2021).

4. A la vista de lo anterior, la situación que genera la cláusula estatutaria debatida resulta algo paradójica. Si pretendiéramos aplicar la doctrina flexible que, hemos visto, preconiza este Centro Directivo, la calificación negativa habría de ser confirmada sin ninguna duda, pues la cláusula no satisface los mínimos imprescindibles referidos a los posibles conceptos retributivos. En ese sentido resultan rechazables buena parte de los

argumentos sostenidos en el recurso, pues no tiene en cuenta la sentencia citada del Tribunal Supremo, ni la doctrina al respecto de esta Dirección General. Pero realmente la cuestión es otra. La cláusula en cuestión no pretende fijar un marco estatutario de retribución de los consejeros ejecutivos, sino un marco de gratuidad total para cualquier administrador, independientemente de la estructura del órgano, es decir, sea o no consejero. El problema surge porque, con una redacción manifiestamente mejorable, incorpora una referencia a la indelegabilidad de las facultades inherentes al cargo de administrador, como criterio delimitador de las tareas por las cuales no puede ser retribuido como tal administrador, pero en ningún momento se habla en ese párrafo de consejo o de consejeros (sí en el siguiente), solo de administradores. En su tenor literal la cláusula no está referida a la delegación de facultades en el seno de un consejo, sino a los cometidos que solo el administrador puede desempeñar, por ser inherentes al cargo (no solo en el caso de órgano colegiado, también en los supuestos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo, Resolución de 25 de mayo de 2021).

Es evidente que los estatutos, después de haber proclamado la gratuidad del cargo, pueden disponer la retribución del administrador por otros servicios o por su vinculación laboral para el desempeño de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo, siempre que quede suficientemente claro que se trata de esos otros cometidos (Resoluciones de 10 de mayo de 2016 y 26 de abril y 25 de mayo de 2021).

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 pueda corresponderles «por prestaciones distintas a las indelegables como Administrador», 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 aquellos sean derivados de su condición de administradores. Que al final esta retribución extragestora quede sujeta al control de la junta general en cuanto a la fijación de su límite máximo, o que se distribuya a criterio de los mismos administradores, en consideración a las funciones y responsabilidades que individualmente asuman, pero necesariamente al margen de la gestión y representación propias del cargo, ya que esta exclusión es presupuesto de la misma retribución, no ha de verse como un indicio de remuneración oculta por administrar, sino como una peculiaridad a la cual se han de someter los administradores que estén dispuestos a prestar esos otros servicios. Por ello, este defecto también debe ser revocado.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de 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, 16 de noviembre de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.