

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

6964 *Resolución de 23 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles de Huelva, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos.*

En el recurso interpuesto por don A. C. T. como secretario del Consejo de Administración de la compañía «Antonio España e Hijos, S.L.» contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos.

Hechos**I**

El día 8 de febrero de 2013 ante el notario de Huelva, don Tomás Giménez Villanueva, se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta general y universal celebrada el día 15 de diciembre de 2008 de la sociedad «Antonio España e Hijos, S.L.» Entre los acuerdos adoptados por unanimidad consta la modificación del artículo 13 de los estatutos que, en lo que interesa a este expediente, pasa a tener la siguiente redacción: «... El cargo de administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección, estableciéndose dicha remuneración, por el conjunto de sus funciones, en un importe comprendido entre...euros y...euros. La remuneración de los administradores será fijada, para cada ejercicio, por acuerdo de la junta general, de conformidad con los presentes estatutos y el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital». La cláusula estatutaria prevé la existencia de distintos sistemas de organización de la administración incluido el Consejo de Administración, comisión ejecutiva y consejeros delegados.

II

Presentada la referida documentación en Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Huelva, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Dña. Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazabal, Registradora Mercantil de Huelva, 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: 78/484 F. Presentación: 19/02/2013. Entrada: 1/2013/617,0 Sociedad: Antonio España e Hijos S. L. Autorizante: Giménez Villanueva, Tomás Protocolo: 2013/135 de 08/02/2013. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Aclarar si el cargo de administrador es gratuito o retribuido, sin que puedan darse las dos opciones a la vez. Así pues, es necesario que dicha circunstancia se prevea de forma expresa en los estatutos, excluyendo así la gratuidad con que inicialmente contempla la norma legal el ejercicio del cargo; y, establecida aquella, la determinación de uno o más concretos sistemas para la misma, de suerte que no quede a voluntad de la junta general su elección o la opción entre distintos sistemas de retribución. La función de administración no puede de ninguna manera desligarse de las funciones de dirección, prevaleciendo la primera. Por tanto, en todos aquellos casos en los que concurra la condición de administrador, y labores de dirección, se entenderá que el total de las retribuciones lo son por el desempeño del cargo de

administración. No puede hacerse depender el carácter retribuido del cargo de administrador de una condición puramente potestativa tal cual es el ejercicio de determinadas funciones por el administrador (artículo 217 TRLSC y RDGRN de 12 de noviembre de 2003 y 15 de abril de 2000, artículo 1115 y 1256 CC). En relación con la presente calificación: (...) Huelva, a 26 de febrero de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos de la registradora) La registradora».

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. C. T. como secretario del Consejo de Administración de la compañía «Antonio España e Hijos, S.L.» interpone recurso en virtud de escrito de fecha 12 de marzo de 2013 con entrada en el Registro Mercantil de Huelva el día 14 del mismo mes y año, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital nada impide que se tenga en cuenta el cargo desempeñado por cada consejero dentro del propio órgano de administración y en función de ello se establezca si dichas funciones son retribuidas o no; Que el carácter consolidado de la doctrina del Tribunal Supremo que señala que no es posible compatibilizar una relación laboral cuyo objeto consiste en la gestión de la sociedad y la relación social de administrador obliga a la sociedad a establecer en qué miembros de la administración se delegan funciones ejecutivas y en cuáles no lo que implica considerar como retribuidas exclusivamente aquellas funciones de gerencia y alta dirección que no son cometidos inherentes al cargo; Que se cumplen estrictamente las exigencias de la Ley, el Reglamento del Registro Mercantil y la Dirección General de los Registros y del Notariado por cuanto se prevé la existencia de remuneración y el sistema concreto pero de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil la retribución no es igual para todos los administradores sino sólo para los que ejerzan funciones de gerente o alta dirección como por ejemplo Consejo de Administración con consejeros delegados o Comisión ejecutiva; y, Que cita en apoyo de su argumentación: la forma de recogerse en los estatutos sociales de las sociedades cotizadas la retribución de su órgano de administración, la existencia de acuerdos sociales inscritos con el mismo texto y las Resoluciones de 19 de marzo de 2001 y 12 de noviembre de 2003.

IV

La registradora emitió informe el día 26 de marzo de 2013, del que resulta que notificado el notario autorizante no ha realizado alegaciones. La registradora eleva el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 23, 27, 28, 217, 218, 219, 220, 260, 528, 529 y 538 de la Ley de Sociedades de Capital; 130 de la Ley de Sociedades Anónimas; 66 y 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 124.3 y 185.4 del Reglamento del Registro Mercantil; Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010, 10 de febrero y 19 de diciembre de 2012; y las Resoluciones de este Centro Directivo de fechas 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 16 de febrero, 7 de marzo y 3 y 5 de abril de 2013.

1. La única cuestión objeto de debate es si determinada cláusula estatutaria relativa, entre otros aspectos que no tienen relevancia en este expediente, a la remuneración de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada es o no conforme a Derecho. En concreto la discrepancia se refiere a si puede acceder a los libros del Registro la cláusula que prevé que «El cargo de administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección». La registradora entiende que el texto legal vigente, el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, exige una declaración incondicional al respecto, mientras que el recurrente

entiende por su parte que la cláusula no hace más que concretar la previsión reglamentaria que permite remunerar de forma desigual a los administradores que lleven a cabo funciones como la de consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva (vid. artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

Con carácter previo es preciso recordar, dados los términos del escrito de recurso, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos, circunstancia que por otra parte, no resulta del expediente (cfr., por todas, las Resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 7 de marzo y 3 de abril de 2013).

2. Este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación a la materia planteada y tiene declarado que la cláusula estatutaria relativa a la retribución de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada precisa, para ser objeto de inscripción, reunir dos requisitos derivados de la dicción del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital (sustancialmente idéntica a sus precedentes de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada): En primer lugar, una afirmación relativa a si el cargo de administrador es o no retribuido. En segundo lugar la determinación del sistema o sistemas de retribución en términos tales que no quede al arbitrio de la junta la apreciación de su existencia.

Respecto de la primera exigencia, que es la que se plantea en este expediente, esta Dirección ha afirmado que de la regulación legal se deduce que salvo que exista una previsión expresa de remuneración, el ejercicio del cargo es gratuito. Si existe una previsión expresa de remuneración y del sistema de retribución por el ejercicio del cargo de administrador es perfectamente posible que la determinación concreta de su cuantía se lleve a cabo por la junta general de socios en ejercicio de su competencia y en función de los parámetros que se estimen convenientes (trabajo efectivo llevado cabo, resultados sociales, periodo de permanencia...).

Lo que ahora se pone en cuestión es si de lo anterior puede deducirse que la condicionalidad en la cuantía de la retribución puede confundirse con la condicionalidad en el hecho mismo de la retribución; es decir, si cabe prever en los estatutos que unos administradores sean remunerados y otros no, si cabe condicionar dicha circunstancia al trabajo que lleven a cabo para la sociedad y finalmente si puede la junta general decidir al respecto. Las tres cuestiones merecen un tratamiento específico.

De la regulación legal resulta la exigencia de que los estatutos determinen el carácter retribuido de los miembros del órgano de administración. En caso contrario el ejercicio del cargo es gratuito. De lo anterior no se infiere la prohibición de que algunos miembros estén retribuidos y otros no; en realidad, no existe argumento conceptual en contrario pues la regulación legal que, como ha reiterado el Tribunal Supremo tiene por finalidad proteger de la indeterminación tanto a los socios como a los propios administradores, lo que pretende evitar es la arbitrariedad en cuestión tan sensible.

Ahora bien, es preciso matizar estas afirmaciones. En los supuestos de administración solidaria o mancomunada en los que la igualdad entre los miembros del órgano deriva de la propia aplicación de las previsiones legales carece de justificación alguna prever un trato desigual en el hecho de la existencia de remuneración. Como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Supremo (*vide vistos*) «no cabe concebir al «mero administrador» como una figura puramente decorativa o simbólica, carente de actividad significativa alguna y por ello no merecedor de retribución...».

Supuesto distinto es el de aquellas sociedades que están dotadas de un órgano de administración de estructura compleja en los que es perfectamente posible distinguir funciones distintas a llevar a cabo por los administradores en función del cargo que ostenten. La distinción entre aquellos administradores que ostenten un cargo especialmente retribuido de aquellos que pueden no ser retribuidos o pueden serlo de forma distinta nos lleva a la siguiente cuestión.

3. Determinado que no existe problema conceptual en aceptar el carácter retribuido del cargo de alguno o algunos de los administradores frente al resto siempre que exista un factor de distinción, es preciso acometer la cuestión de si cabe condicionar dicha circunstancia al trabajo que desempeñen para la sociedad.

La respuesta sólo puede ser positiva pues es precisamente dicha circunstancia la que justifica, la que causaliza, la retribución especial. No debe confundirse esta afirmación con la doctrina expuesta muy recientemente por esta Dirección (Resolución de 3 de abril de 2013) en relación a la doctrina del vínculo pues no es la cuestión que ahora se ventila. Una cosa es que el administrador remunerado no pueda recibir ninguna otra remuneración por llevar a cabo la tarea de gestión y representación derivada de su nombramiento y otra muy distinta que solo aquellos administradores que realicen determinadas funciones especiales propias del cargo que ostentan reciban una remuneración o reciban una remuneración distinta. Es la regulación legal del órgano de administración la que da lugar a ello al prever que, en órganos de administración de cierta complejidad, existan miembros que lleven a cabo especiales labores. Así ocurre con la figura del consejero delegado, con la del miembro del Consejo investido de poder de representación o con la del Consejo consultivo respecto del que el Reglamento del Registro Mercantil prevé expresamente que «podrá hacerse constar...el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo» (artículo 124.2).

4. Llegamos así a la cuestión relativa a si es posible que sea la propia junta la que determine cuándo los administradores están efectivamente realizando las funciones que justifican su remuneración. La respuesta ahora tiene que ser negativa. La regulación legal exige un pronunciamiento indubitado sobre el carácter retribuido o no del cargo de administrador y si nada empece que dicho pronunciamiento sea distinto para los distintos administradores y que se determine en función del tipo de trabajo que se lleva a cabo, no puede quedar al arbitrio de la junta la decisión de si determinado cargo ha de ser o no retribuido. Ello equivaldría a dejar en manos de la junta no sólo la cuantía de la retribución cuando así se haya dispuesto sino el hecho mismo de la existencia de retribución. Es preciso recordar que la cláusula de remuneración, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, también tiene la finalidad de proteger a los miembros del órgano de administración de una actuación arbitraria de la junta. En consecuencia ningún obstáculo existe si la remuneración se prevé solamente para determinados miembros del órgano que por sus especiales funciones ejecutivas así sean considerados (por ejemplo, por ejercer la función de presidente del Consejo, la de consejero delegado...). Pero es preciso objetivar dicha circunstancia en el órgano concreto que lleve aparejada la remuneración de modo que la previsión estatutaria aleje cualquier sospecha de arbitrariedad. Téngase en cuenta que es la titularidad del cargo la que lleva atribuidas funciones especiales y por tanto la que justifica la existencia de una remuneración específica. Esta es además la previsión reglamentaria para los miembros del órgano consultivo lo que confirma la doctrina de que sólo la titularidad del cargo con funciones especiales justifica una remuneración especial. Llegamos así a la misma conclusión que antes: se limita la posibilidad de remuneración distinta en función del trabajo realizado a aquellos supuestos en que el órgano de administración tenga una naturaleza compleja porque sólo en este supuesto obedece a una justa causa.

Es cierto que no puede suprimirse cierto grado de arbitrariedad en cuanto que la cuantía de la remuneración para cada administrador puede ser decidida libremente por la junta pero lo anterior no justifica que se añada un mayor grado de incertidumbre sobre el hecho mismo del derecho a la remuneración que debe estar debidamente determinado en los estatutos por así exigirlo el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

5. A la luz de las anteriores consideraciones es evidente que el recurso no puede prosperar pues la redacción de la cláusula estatutaria discutida incide en un doble defecto incompatible con la doctrina más arriba expuesta.

Por un lado la cláusula otorga un trato desigual en la remuneración de los administradores, no en función del ejercicio de un cargo que lleve aparejada funciones singulares, sino en la realización de unas tareas que son, por disposición de la Ley,

iguales para todos los administradores pues todos están llamados por su nombramiento a llevar a cabo la gestión de la sociedad (artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital). No puede pretenderse que el ejercicio de las funciones de gestión o, como dice la cláusula discutida, «de gerente o de personal de alta dirección» sea un factor de discriminación cuando legalmente es un factor de igualdad y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha confirmado que es inherente al cargo de administrador. Tiene razón el recurrente cuando afirma, coincidiendo con las consideraciones hechas más arriba, que aquellos miembros del órgano de administración que lleven a cabo especiales labores de gestión como los consejeros delegados o los miembros de la Comisión ejecutiva pueden estar remunerados de acuerdo a un sistema concreto frente al resto de consejeros que no ejerzan dichos cargos. Y es cierto que se prevé en los estatutos la existencia de un Consejo de Administración y dentro del mismo de Comisión ejecutiva y consejeros delegados pero la cláusula cuya inscripción se pretende no hace dicha discriminación; bien al contrario determina que cualquier administrador (en consecuencia también en los supuestos contemplados para otros sistemas de administración distintos al Consejo de Administración) será retribuido si ejerce funciones de alta dirección lo que engloba indiscriminadamente a todos los miembros del Consejo y no sólo a aquellos que ejerzan cargos dotados de funciones especiales. Téngase en cuenta que por el mero hecho de que exista una Comisión ejecutiva o un consejero delegado no se priva de sus facultades y obligaciones al resto de consejeros que siguen teniendo, como colegio, encomendadas las funciones de gestión de la sociedad.

Por otro lado la cláusula condiciona la apreciación de si un administrador concreto ha llevado a cabo las tareas que le están encomendadas a la decisión subjetiva de la junta general lo que conlleva en definitiva otorgarle la potestad de decidir si el ejercicio del cargo de administrador debe o no remunerarse en un caso concreto en clara violación de la exigencia legal que exige que este aspecto quede perfectamente determinado estatutariamente. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (Resolución de 12 de abril de 2002) no es admisible que de la regulación estatutaria resulte que queda al arbitrio de la junta la existencia de la remuneración en perjuicio del derecho de los administradores a percibirla. Distinto sería el supuesto, como resulta de las anteriores consideraciones, de que determinado el carácter retribuido de determinados miembros del Consejo por el ejercicio de funciones especiales la junta concretase la cuantía específica de su remuneración en la horquilla prevista en los estatutos pues en este supuesto la junta se limitaría a cumplir la previsión estatutaria de remuneración incondicional a determinados miembros del Consejo determinando su cuantía concreta.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 23 de mayo de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.