

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5505 *Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por doña L. E. M. G., en nombre y representación y como administradora solidaria de la sociedad «Viajes Chávez, S.L.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Toledo, doña María del Pilar del Olmo López, a inscribir una escritura de modificación de estatutos de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de marzo de 2015 ante el Notario de Seseña, don Juan Gil de Antuñano Fernández-Montes, con el número 421 de su protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Viajes Chávez, S.L.», por los que se modifica el artículo 15 de los estatutos, que queda con la siguiente redacción: «El cargo de Administrador no será retribuido. No obstante, lo anterior, desde el 24 de marzo de 2015 se acuerda retribuir a la administradora doña L. E. M. G. por los trabajos dependientes que realiza para la empresa». En la escritura consta expresamente que la junta general adopta tal acuerdo de modificación de los estatutos por haber acordado retribuir desde esa fecha a la citada doña L. E. M. G. -que es uno de los administradores solidarios- «por los trabajos dependientes que realiza para la empresa».

II

El día 15 de enero de 2016 se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Toledo, y fue objeto de calificación negativa emitida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles, doña María del Pilar del Olmo López, en los siguientes términos: «Registro Mercantil de Toledo La registradora Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 90/539 F. presentación: 15/01/2016 Entrada: 1/2016/219,0 Sociedad: Viajes Chávez SL Autorizante: Gil de Antuñano Fernández-Montes, Juan Protocolo: 2015/421 de 27/03/2015 Fundamentos de Derecho (defectos): 1.-El artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece: «1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración». Si el órgano de administración no será retribuido, no puede retribuirse a doña L. E. M. G. por los trabajos dependientes a realizar en la empresa porque son derivados de su condición de administradora y supone una contradicción. En relación con la presente calificación: (...) Toledo, a 19 de enero de 2016 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora) La Registradora».

III

Mediante escrito, que causó entrada en el Registro Mercantil de Toledo el día 10 de febrero de 2016, doña L. E. M. G., en nombre y representación y como administradora solidaria de la sociedad «Viajes Chávez, S.L.», interpuso recurso contra la anterior

calificación en el que alega lo siguiente: «Motivos Único.–Disconformidad con la notificación de calificación negativa, por admitirse por las más recientes sentencias de los tribunales, la simultaneidad entre el cargo de administrador de la sociedad y una relación laboral con tal empresa. En virtud del artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital dicho cargo de administrador puede ser gratuito y de conformidad con el artículo del Estatuto de los Trabajadores, dicha relación simultánea debe ser retribuida. En efecto, la Notificación de calificación negativa impugnada, decide no practicar nuestro acuerdo social de retribuir los trabajos dependientes por cuenta ajena de la administradora doña L. E. M., por considerar que es contradictorio con la previsión estatutaria de que el cargo de administrador es gratuito. Ante tal situación, debemos mostrarnos disconformes con dicha decisión de la Señora Registradora mercantil, toda vez que las más recientes sentencias de los tribunales, entre otras, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de ocho de octubre de 2014 (Recurso 375/2013), vienen admitiendo la simultaneidad entre el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación laboral, en casos de relaciones comunes de trabajo, en régimen de dependencia, distintas de alta dirección. «[...] como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificable de alta dirección, sino comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral [...]» (Fundamento de derecho Décimo, ordinal 2, apartado g) Sentado lo anterior, puede ser simultáneo el cargo de administrador, que en virtud del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital puede ser gratuito, junto con una relación laboral de dicho administrador por cuenta de la misma empresa, distinta de la alta dirección (gerencia, etc.), que de conformidad con lo exigido en los artículos 1 y 26 del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, en el caso que nos ocupa y, resulta evidente que la administradora doña L. E. M. mantiene una relación laboral por cuenta ajena, distinta de la gerencia o alta dirección, (...), consistente en el contrato sellado con fecha 06/04/2015 ante la Oficina de Empleo, suscrito entre doña L. E. M. y Viajes Chávez, S.L. por el que se acredita que desde 24 de marzo de 2015, la citada administradora trabaja por cuenta de Viajes Chávez, como recepcionista, con la única función de recibir clientes. Concretamente, la categoría de recepcionista está expresamente prevista en el Grupo 3 del Convenio Colectivo estatal de agencias de viajes (BOE n.º 201, de 22 de agosto de 2013), percibiendo un salario mensual conforma a dicha categoría profesional. Y por si lo anterior no fuera suficiente, además debemos añadir que de la citada doctrina reciente de los tribunales invocada, resulta claro que le está reconociendo a la relación laboral común y dependiente del administrador, como la del presente caso, las notas de simultánea y de separable, frente a la de alta dirección y gerencia que sí está imbuida dentro de las funciones del órgano de administración de la sociedad. Consecuentemente, si la administradora efectúa además sólo trabajos comunes y dependientes para la sociedad, como la recepción de clientes, que resulta evidente es distinta de las funciones de alta dirección, está separada de las funciones de administración y no es contradictorio que por un lado el cargo de administradora pueda ser gratuito (art. 217 LSC) que incluye las funciones de dirección, gerencia, etc. y que por otro lado, la administradora reciba clientes por cuenta de la empresa como en este supuesto y sí sea retribuida (arts. 1 y 26 ET) por ese trabajo, dado que no están incluido esos trabajo, entre las funciones de dirección y gestión que conlleva el órgano de administrador gratuito».

IV

Mediante escrito, de fecha 19 de febrero de 2016, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que se ha dado traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1255 del Código Civil; 23.e), 28, 160.j), 161, 204, 217, 218, 219, 220, 227, 228, 232, 236, 249, 260, 529 quince y 529

septdecies, 529 octodecies, 529 novodecies y 541 de la Ley de Sociedades de Capital; 1.3 y 26 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; 2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo; 124 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, 18 de marzo, 29 de abril, 9 y 13 de mayo y 3 de junio de 1991, 17 de julio de 2003, 9 de diciembre de 2009, 24 de mayo de 2011 y 12 de marzo de 2014 (Sala Cuarta), y 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005, 12 de enero, 24 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010, 10 de febrero y 19 de diciembre de 2011, 18 y 25 de junio de 2013 y 17 de diciembre de 2015 (Sala Primera), y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003, 16 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 23 de mayo de 2013, 25 de febrero, 12 de mayo, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014 y 19 de febrero, 12 de marzo y 30 de julio de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se modifican los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada de modo que en el artículo 15 de los mismos se dispone lo siguiente: «El cargo de Administrador no será retribuido. No obstante, lo anterior, desde el 24 de marzo de 2015 se acuerda retribuir a la administradora doña L. E. M. G. por los trabajos dependientes que realiza para la empresa». En la escritura consta expresamente que la junta general adopta tal acuerdo de modificación de los estatutos por haber acordado retribuir desde esa fecha a la citada doña L. E. M. G. -que es uno de los administradores solidarios- «por los trabajos dependientes que realiza para la empresa».

La registradora suspende la inscripción solicitada pues, según expresa en su calificación, si el órgano de administración no será retribuido, no puede retribuirse a dicha doña L. E. M. G. por los trabajos dependientes a realizar en la empresa porque son derivados de su condición de administradora y supone una contradicción.

2. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles –en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es «proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión»; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que «se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella» (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso número 1976/2008, y número 412/2013, de 18 de junio de 2013, recurso número 365/2011).

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

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

A tal efecto, no pueden ignorarse las modificaciones introducidas sobre esta materia en la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Esta reciente Ley modificadora tiene en este punto como antecedente directo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 (publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo), por el que se crea una Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, en cuyo informe de 14 de octubre de 2013 proponía en el apartado 4.10.1 («Normas aplicables a todas las sociedades de capital») «que los estatutos de las sociedades deberán establecer el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones como administradores («por su condición de tal» -o de «tales»-), y que podrán percibir una remuneración consistente en una retribución fija o variable, en dinero o en especie, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución en acciones, sistemas de ahorro, cualquier otro mecanismo admisible o una combinación de distintas modalidades y que la remuneración anual del conjunto de los administradores deberá ser aprobada por la junta (artículo 217 de la LSC)». Y añade lo siguiente: «Por otra parte, también resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas (en virtud de un nuevo título, sea este de delegación orgánica, o contractual de facultades). La fijación de su retribución corresponde al Consejo de Administración si bien, dada su trascendencia y los posibles conflictos de interés a los que puede dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso -ya que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas- adopte la junta». Termina expresando que «para ello se propone, siguiendo el artículo 231.97.3 de la PCM [Propuesta de Código Mercantil], introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 249 de la LSC que regule el régimen de aprobación y documentación de la retribución de consejeros por el desempeño adicional de funciones ejecutivas».

Como consecuencia de ello, después de las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 3/2014, 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 ente 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 (artículo 249, apartados 3 y 4).

Esta última disposición no es aplicable al caso -como el presente- de administradores solidarios, pero sí la del artículo 217.2 de la misma Ley, en cuanto se refiere a la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales. Y cabe recordar que, como afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2013 -recurso número 1469/2011-, según la jurisprudencia de la Sala Cuarta del mismo Tribunal «...«como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral...» [SSTS (4.ª) de 26 de diciembre de 2007 (recurso 1652/2006), 9 de diciembre de 2009 (recurso 1156/2009), 24 de mayo de 2011 (recurso 1427/2011) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011)]».

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, como es el caso en el presente recurso), 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).

Sin embargo, también en estos supuestos que hemos llamado 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.

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 se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo.

En el presente caso la redacción de la cláusula estatutaria objeto de debate podría haber sido más clara en ese sentido. Pero interpretada en su conjunto (vid. la Resolución

de este Centro Directivo de 12 de mayo de 2014) y del modo más adecuado para que produzca efecto, resulta indubitado que el cargo de administrador es gratuito para todos los administradores solidarios, sin perjuicio de la retribución que se reconoce a determinada administradora, cuyo nombre y apellidos se detalla en la misma disposición estatutaria, por «los trabajos dependientes» que se reconoce está realizando para la sociedad, que no cabe sino entender que se trata de una relación laboral en régimen de dependencia y, por ende, ajena a las facultades inherentes al cargo de administrador, sin que nada se exprese que conduzca a concluir, como hace la registradora en su calificación, que esos trabajos son derivados de su condición de administradora.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de mayo de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.