

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13432 *Resolución de 27 de julio de 2022, 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 de Mahón, por la que se rechaza la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don P. P. M., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Surf and Sail Menorca, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Mahón, don Joaquín José Rodríguez Hernández, por la que se rechaza la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Se autorizó el día 11 de marzo de 2022 por el notario de Ciutadella, don Luis Miguel Ferrer García, escritura de constitución de la sociedad «Surf and Sail Menorca, S.L.». De los estatutos que se protocolizaban a continuación de la escritura, interesa a la presente lo siguiente: «Artículo 16. Duración y retribución del cargo. La duración del cargo de Administrador, único, varios o Consejero, es indefinida. El cargo de Administrador, el de los integrantes del Consejo de Administración y el de los Consejeros Delegados, en su caso, será retribuido mediante una retribución que será fijada por la Asamblea de Socios».

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Mahón, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación.

Joaquín José Rodríguez Hernández, Registrador Mercantil de Menorca, 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: 34/673.

F. presentación: 24/03/2022.

Entrada: 1/2022/552.

Sociedad: Surf and Sail Menorca Sociedad Limitada.

Autorizante: Ferrer García, Luis Miguel.

Protocolo: 2022/395 de 11/03/2022.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. Artículo 16 de los estatutos sociales. Queda indeterminado el sistema de retribución del órgano de administración, requisito exigido por el artículo 23, e) de la Ley de Sociedades de Capital.

Mao, 1 de abril de 2022.—El Registrador Mercantil.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, doña Montserrat Bernaldo de Quiros y Fernández, quien, por nota de fecha 25 de abril de 2022, confirmó la calificación del registrador Mercantil de Mahón.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don P. P. M., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Surf and Sail Menorca, S.L.», interpuso recurso el día 18 de mayo de 2022 mediante escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Que el artículo 23.e) 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, se refiere al modo de organizar la administración de la sociedad, al número de administradores, al plazo de duración y al sistema de retribución si lo tuvieren; Que entiende la parte que el artículo 16 de los estatutos cumple con los requisitos del precepto por cuanto establecen y determinan el sistema retributivo al establecer tanto que el cargo será retribuido como que la cuantía de la retribución será fijada por la asamblea de socios; Que no es función de los estatutos sociales establecer la cuantía ni los conceptos retributivos, sino que mediante reserva estatutaria se remite a la asamblea de socios la fijación de cuantía y los conceptos retributivos, sistema que garantiza los derechos de socios y de los integrantes del órgano de administración, y Que es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo número 98/2018, de 26 de febrero, y especialmente sus fundamentos tercero a sexto.

Segundo. Que, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la nota de calificación no razona ni argumenta el motivo por el que el registrador deniega la inscripción; Que el Registro Mercantil de Mahón ha venido inscribiendo otras sociedades de modo continuado con el mismo artículo (con cita); Que el Registro Mercantil no puede ahora apartarse del que ha venido siendo su criterio sin motivación alguna; Que también el Registro Mercantil de Madrid ha venido haciendo lo mismo con sociedades que contenían el mismo precepto estatutario (con cita), y Que a la parte le consta que el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4 ha consultado telefónicamente con el Registro Mercantil antes de confirmar la calificación (desvirtuando el sentido del procedimiento al someter el criterio del sustituto al del sustituido), sin que haya sido recogida dicha diligencia en la resolución y cayendo en nueva ausencia de motivación por no constar en el acto impugnado todas las diligencias llevadas a cabo.

V

El registrador Mercantil, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 3 de junio de 2022, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del expediente resultaba que, notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los 19 bis, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 20 del Código de Comercio; 23, 211, 217, 218 y 219 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; las Sentencias del Tribunal Supremo número 98/2018, 26 de

febrero, y 1859/2021, 13 de mayo; 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, 26 de enero, 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, 7 de julio y 16 de noviembre de 2021.

1. En los estatutos protocolizados en una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada se contiene la siguiente previsión: «El cargo de Administrador, el de los integrantes del Consejo de Administración y el de los Consejeros Delegados, en su caso, será retribuido mediante una retribución que será fijada por la Asamblea de Socios». El registrador rechaza la inscripción en los términos que resultan de su nota de calificación; el interesado insta calificación sustitutoria que confirma la calificación y, a continuación, interpone recurso contra la calificación ante esta administración.

Con carácter previo a la cuestión de fondo es preciso dar respuesta a las cuestiones formales contenidas en el escrito de recurso pues, de ampararse, harían innecesario entrar en aquella.

A juicio del recurrente tanto la calificación como la propia instrucción del expediente carecen de la debida motivación: la calificación porque no contiene los motivos por los que rechaza la inscripción limitándose a recoger la afirmación de que el sistema de retribución queda indeterminado; el procedimiento de instrucción porque no recoge determinada diligencia (llamada telefónica), cuya existencia afirma el recurrente que le consta y, en consecuencia, por no recoger en el acto impugnado todas las diligencias llevadas a cabo que han incurrido [sic] en el proceso volitivo para la adopción de la decisión del registrador.

En relación a la cuestión de la motivación de la nota de calificación, esta dirección general ha afirmado (*vid.* Resolución de 16 de diciembre de 2021, por todas), 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 (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

Este régimen es de plena aplicación a los registros de naturaleza Mercantil habida cuenta de que la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

Es igualmente doctrina de esta dirección general (resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio de 2013 y 22 de diciembre de 2015) que la argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del

escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto. La ausencia de indefensión material impide que la mera presencia de una indefensión puramente formal determine la nulidad del procedimiento.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo como recuerda su Sentencia número 969/2022, de 15 de marzo. en la que afirma: «Hemos declarado en otras ocasiones que “deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla” (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, y 619/2021, de 22 de septiembre)».

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su Sentencia de 28 de enero de 2013 afirma que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)] y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso [por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril (RTC 2011, 42), F. 2]. Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa (...), privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En el supuesto que da lugar a la presente el interesado conoce con precisión cual es el motivo por el que no se ha practicado la inscripción solicitada como demuestra que ha ejercitado su derecho de impugnación tanto por la vía de la calificación sustitutoria como del presente recurso y sin que haya planteado duda alguna sobre el alcance de la calificación. La ausencia de indefensión material, como resulta del expediente, deja la queja del recurrente desprovista de efectos por lo que se refiere al presente sin perjuicio de que actúe de la forma mas conveniente para sus intereses dentro de las posibilidades que le ofrece nuestro sistema jurídico.

Tampoco puede aceptarse la queja de falta de motivación en la instrucción del expediente. En primer y esencial lugar, porque el objeto de este expediente recae estrictamente en la impugnación de la calificación del registrador. Dispone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria lo siguiente: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

En base a dicho precepto, es continua doctrina de esta Dirección General (*vid.*, por todas, resoluciones de 14 de julio de 2017, 22 de enero de 2021 y 8 de febrero de 2022, basadas en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. En consecuencia, la motivación solo puede predicarse y tener relevancia en relación a la nota del registrador en la que, por definición, no puede hacerse referencia a las diligencias posteriores del procedimiento.

La afirmación del escrito de recurso de que la causa de la ausencia de motivación reside en una conversación telefónica que afirma le consta su existencia, pero de la que no aporta prueba alguna y con la que pretende desacreditar tanto la resolución del registrador sustituto como la entera instrucción del expediente es inadmisibles por las mismas causas que el propio escrito imputa. Ni la justifica ni la acredita en modo alguno por lo que no es sino una afirmación de parte de que la no cabe deducir cuestión alguna.

Cuestión distinta sería si resultase que en la instrucción se ha omitido notificación, formalidad o cuestión alguna que impidiese a la parte interesada el ejercicio de sus derechos en la forma prevista en el ordenamiento, circunstancia que, se reitera, no resulta acreditada en el expediente.

Por último, la afirmación de que cláusulas similares a la rechazada han sido objeto de inscripción en el mismo Registro Mercantil o en otros, resulta indiferente al objeto de la presente. 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 y es una mera afirmación de parte (cfr., por todas, las resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril, 8 y 22 de mayo de 2012 y 7 de marzo, 3, 27, 29 y 30 de abril, 3, 4, 6, 7, 21, 22, 23 y 24 de junio y 18 de junio de 2013, entre otras muchas).

2. Desestimadas las cuestiones formales, el mismo destino le corresponde a la cuestión del fondo pues resulta patente que el precepto de los estatutos objeto de este procedimiento carece de determinación de sistema retributivo alguno.

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

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado en las resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos. Por ello procede confirmar la calificación del registrador, pues al limitarse los estatutos a establecer que el referido cargo será retribuido con la retribución que, para cada ejercicio, acuerde la junta general, es evidente que deja al arbitrio de este órgano el concreto sistema de retribución del administrador, con la falta de seguridad que ello supone tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general.

No basta en consecuencia, como afirma el escrito de recurso, con prever que el cargo de administrador será retribuido ni con afirmar que la retribución será fijada cada ejercicio por la junta general. Ciertamente una previsión semejante destruye la presunción de gratuidad prevista en el artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital y cumple con la exigencia de que la junta general determine, mientras no se modifique, el importe máximo de la retribución (art. 217.3). Pero deja sin especificar, como exige el artículo 217.1 el concreto sistema o sistemas de retribución en que debe consistir la retribución, bien por ser uno o varios de los previstos en el propio artículo 217.2 de la ley, bien por tratarse de uno distinto suficientemente determinado. Lo que está vedado, y esta dirección general ha insistido en ello como queda expuesto, es que el sistema o sistemas concretos que sirvan para fijar la retribución de los administradores no esté reflejado en estatutos de modo que quede al arbitrio de la junta general.

3. La sentencia citada por el recurrente, que ha sido objeto de preferente atención por esta dirección general (*vid.* «Vistos»), lejos de confirmar su tesis avala la contraria. Sin ánimo exhaustivo, la sentencia afirma que: «El art. 217 TRLSC sigue regulando, como indica su título, la “remuneración de los administradores”, y su apartado primero exige que los estatutos sociales establezcan, si no se quiere que el cargo sea gratuito, el carácter remunerado del mismo y determinen el sistema de remuneración del “cargo de administrador”. El precepto no distingue entre distintas categorías de administradores o formas del órgano de administración. En concreto, cuando se trata de un consejo de administración, no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos. Por tanto, este precepto exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, cuestión objeto de este recurso, para todo cargo de administrador, y no exclusivamente para una categoría de ellos».

Y más adelante lo reafirma con las siguientes palabras: «Como consecuencia de lo expuesto, el sistema diseñado en la TRSLC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles. El primero está constituido por los estatutos sociales, que conforme a lo previsto en el art. 217.1 y 2 y 23.e TRLSC han de establecer el carácter gratuito (bien expresamente, bien por no tener previsión alguna al respecto) o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución, que 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 previstos con carácter ejemplificativo en el art. 217.2 TRLSC».

Y todo ello con la intención de: «(...) 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».

En definitiva, la reserva estatutaria a que se refiere el escrito de recurso no empece, sino que exige, no sólo la previsión de remuneración del órgano de administración sino la determinación del sistema o sistemas concretos en que consista, sin perjuicio de la competencia de la junta General de la sociedad para la determinación de la masa retributiva máxima a satisfacer en cada ejercicio anual, ya se adopte el acuerdo al principio del ejercicio o en cualquier otro momento (Sentencia del Tribunal Supremo número 1859/2021, de 13 de mayo).

Procede la desestimación del recurso.

En consecuencia, esta dirección general ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 27 de julio de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.