

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 5019** *Resolución de 5 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil XIII de Madrid, por la que se suspende una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, consistentes en la modificación de estatutos.*

En el recurso interpuesto por don F. J. F. D., en nombre y representación de la sociedad «Mikami Travel, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil XIII de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, por la que se suspende una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, consistentes en la modificación de estatutos.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Ángel Almoguera Gómez, el día 29 de noviembre de 2012, número 6.004 de su protocolo, la sociedad «Mikami Travel, S.A.», a través de su administrador único procedió a elevar a público la modificación de un artículo de sus estatutos sociales. Dicho artículo dice: «Artículo 21.—El administrador único podrá no ser accionista. Desempeñará su cargo por un plazo de cinco años, pudiendo ser reelegido, una o más veces, por períodos de igual duración máxima y no será retribuido. Se establece una pensión vitalicia a favor del administrador o administradores que habiéndolo sido al menos con una duración de cinco años, alcancen, la jubilación en el ejercicio de su cargo. Dicha pensión vitalicia consistirá, como máximo, en una cantidad de numerario que complete la pensión de jubilación que perciba hasta igualar el importe de las retribuciones salariales que dicho administrador percibiere al momento de producirse la jubilación. No podrán ser administradores las personas declaradas incompatibles por la vigente legislación, tanto estatal como autonómica».

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «Resulta contradictorio el carácter gratuito del cargo de administrador con la pensión establecida. Además, si se declara el cargo retribuido, deberá prever que la fijación concreta de la pensión que establece correspondería a la junta general, arts. 23 y 166 LSC. Es defecto subsanable. Sin perjuicio (...). Madrid, 14 de diciembre de 2012. El registrador (firma ilegible)».

III

La anterior nota de calificación es recurrida ante el Registro Mercantil, para la Dirección General de los Registros y del Notariado por don F. J. F. D, en nombre y representación de la mercantil «Mikami Travel, S.A.», el 15 de enero de 2013. Se subsana el defecto formal de falta de acreditación de representación el día 17 de enero de 2013. Alega la recurrente que: la modificación del artículo 21 de los estatutos sociales de la junta de «Mikami Travel, S.A.», tuvo lugar por unanimidad; Que a efectos del presente recurso conviene transcribir el siguiente párrafo: «se establece una pensión vitalicia a favor del administrador o administradores que habiéndolo sido al menos con una antigüedad de cinco años, alcancen la jubilación en el ejercicio del cargo. Dicha pensión

vitalicia consistirá, como máximo, en una cantidad de numerario que complete la pensión de jubilación que perciba hasta igualar el importe de las retribuciones salariales que dicho administrador percibiere al momento de producirse la jubilación.»; Alega que el supuesto de jubilación implica necesariamente que el administrador ha dejado de serlo, por lo que no encuentra acomodo en los artículos 23 y 166 de la Ley de Sociedades de Capital, porque la junta no puede reunirse para decidir la remuneración de alguien que no está en activo. Que es equivalente al supuesto de otras compañías que tienen regulado que el trabajador que alcance veinticinco años de antigüedad tendrá derecho a percibir una paga extra. En este caso, la condición es que no sea administrador.

IV

No consta informe del Notario autorizante. El registrador emitió informe en defensa de su nota el 6 de febrero de 2013 y elevo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde tuvo entrada el 11 de febrero de 2013.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 23 y 166 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, 1.218 del Código Civil; 124.2, 185.3 d) del Reglamento de Registro Mercantil, en redacción dada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares,; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999, 30 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2003.

1. La única cuestión sobre la que debe decidirse, es si es inscribible o no la modificación de un precepto de los estatutos de una sociedad anónima, adoptada por unanimidad, en virtud de la cual, al tiempo que se establece que el cargo de administrador no será retribuido se añade «Se establece una pensión vitalicia a favor del administrador o administradores que habiéndolo sido al menos con una duración de cinco años, alcancen, la jubilación en el ejercicio de su cargo. Dicha pensión vitalicia consistirá, como máximo, en una cantidad de numerario que complete la pensión de jubilación que perciba hasta igualar el importe de las retribuciones salariales que dicho administrador percibiere al momento de producirse la jubilación».

2. Considera el registrador que dicha prestación es incompatible con la gratuidad del cargo, mientras que el recurrente alega que, por definición, ya no será cargo cuando perciba la pensión, por lo que no ha de quedar sujeto a los requisitos de la remuneración del administrador.

3. No existen dudas acerca de la licitud de un pacto estatutario en cuya virtud la sociedad asumiese la obligación de pagar cierta remuneración periódica a los antiguos administradores y que esas cantidades o rentas se devenguen en su favor y con posterioridad a su salida de la sociedad. Así, en las sociedades familiares es relativamente usual que el antiguo administrador continúe vinculado a la sociedad, con función meramente honorífica pero susceptible de ser remunerada estatutariamente, en cuyo caso deberá ser establecido el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo en estatutos (cfr. artículo 124. 2 d) del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares). De hecho, nada obsta a que exista un pacto estatutario que contemple la conversión de ciertos administradores en cargos honoríficos una vez se jubilen o salgan de la sociedad, incluso aunque estén remunerados de manera vitalicia, si esta conversión en cargos honoríficos y la función que han de desempeñar aquéllos en la sociedad se regula suficientemente en estatutos. Por lo demás, es sabido que ciertos deberes de los consejeros permanecen incluso después de salir de la sociedad (cfr. en relación con el de secreto, el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital) y que pueden establecerse en estatutos obligaciones a cargo de los administradores para cuando dejen de serlo siempre que respondan a causa justificada y

por un tiempo razonable (como sería una obligación de no competencia), lo que fundamenta correlativamente la existencia de una remuneración compensatoria por el cumplimiento puntual de tales deberes.

4. La redacción de los estatutos que se discuten no es precisamente afortunada porque de un lado se dice que el cargo no es retribuido y luego parece estipularse lo contrario. Sin embargo su propósito es fácil de entender: lo que se quiere expresar con la redacción dada al artículo es que el administrador no percibirá retribución alguna por el ejercicio del cargo mientras dura su ejercicio pero que sí tendrá derecho a una retribución compensatoria cuando se dejare el cargo por causa de jubilación.

5. Parece no obstante que, por poco feliz que sea la redacción de la cláusula estatutaria que se examina, el sentido de la misma es manifiestamente claro: que a los administradores que se jubilan se les reconozca una renta vitalicia contratada por la sociedad en su favor por una cuantía «compensatoria» de la diferencia entre lo que se percibe de pensión por jubilación y los ingresos anteriores y que «complemente la pensión de jubilación».

6. Esa forma de remuneración de los administradores es habitual en el tráfico mercantil como lo demuestra el que el propio legislador contemple las contribuciones a planes de pensiones y el pago de «indemnizaciones» por el cese como conceptos típicos de la retribución de los administradores de cotizadas y de las que se debe dar cuenta en el informe anual sobre remuneraciones de consejeros (vid. artículo 10.1 7º y 10.1.8º Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo). De hecho, la previsión de esa «indemnización» en estatutos confiere suficiente cobertura estatutaria a ese sistema de remuneración y, respetado el principio de reserva estatutaria, los interesados quedan a resguardo de eventuales impugnaciones por nulidad de la cláusula de «blindaje societario» en aplicación de la llamada «doctrina del vínculo» como sucede cuando se pacta fuera de estatutos, en contrato laboral (típicamente el de alta dirección) o en otro contrato, civil o mercantil (como el arrendamiento de servicios), una retribución por el simple ejercicio de funciones directivas y de representación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de derecho.

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, 5 de abril de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.