

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**5848** *Resolución de 6 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de 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, relativa a la retribución de los administradores.*

En el recurso interpuesto por don J. A. M. A., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Construcciones Molejo, S.L.», contra la calificación de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Huelva, doña Mercedes Fuensanta Jiménez-Alfaro Larrazábal, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos, relativa a la retribución de los administradores.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Bollullos del Condado, don Carlos María García Campuzano, el día 5 de diciembre de 2012, se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad «Construcciones Molejo, S.L.», el día 19 de diciembre de 2007, por los que se modifica el artículo 29 de los estatutos sociales, que queda redactado de la siguiente forma: «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 45.000,00 euros y 58.000,00 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».

##### II

Se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Huelva el día 27 de diciembre de 2012 y fue objeto de la siguiente calificación negativa: «Dña. Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, 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: 77/1031 F. Presentación: 27/12/2012 Entrada: 1/2012/3.862,0 Sociedad: Construcciones Molejo, Sociedad Limitada Autorizante: García Campuzano, Carlos María Protocolo: 2012/1304 de 5/12/2012 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Constando en el art. 29 de los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador, así como el sistema de retribución, no puede sujetarse dicho carácter a condición de que los administradores realicen otras funciones de administración (Art. 6,58 RRM, Art. 217.2 LSC) En relación con la presente calificación: Puede instarse (...) Huelva, a 15 de enero de 2013 La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

La calificación se notificó al presentante y al notario autorizante el día 17 de enero de 2013.

## III

Mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Huelva el día 15 de febrero de 2013, don J. A. M. A., en nombre y representación y como administrador solidario de la sociedad «Construcciones Molejo, S.L.», interpuso recurso contra la calificación en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero.—En el primer punto de la calificación negativa de la Registradora señala que es necesario «especificar claramente, si el cargo es retribuido o no (artículo 6 y 58 RRM, 217.2 LSC)». No obstante, en la nueva redacción dada al artículo 29 consta claramente que «El cargo de Administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección (...)». Al respecto hacemos constar que el artículo 217 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, titulado Remuneración de los administradores, establece: «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». Consecuentemente, nada impide en la ley que se tenga en cuenta los cargos desempeñados por cada consejero en el propio órgano de administración, y en función de ello, se establezca si dichas funciones son retribuidas o no, y en caso afirmativo, de qué forma se cuantificará la retribución. El carácter consolidado de la doctrina jurisprudencial del vínculo, en virtud de la cual no es posible compatibilizar una relación laboral, cuyo objeto consiste en la gestión y representación de la sociedad, y la relación social de administrador, obliga a la sociedad a considerar en qué miembros del órgano de administración se delegan funciones ejecutivas para la gestión ordinaria de la sociedad, y en cuáles no. Ello lleva a la sociedad recurrente, de manera autónoma y legal, pues no existe precepto que se lo impida, a considerar exclusivamente como retribuidos aquellas funciones de gerencia y alta dirección, que no son cometidos inherentes al cargo. En el presente caso, en consonancia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre –sic– de 2008, y dado que el nivel de retribución no se fija en base a la cifra de beneficio social, se precisa el concreto sistema retributivo: 1. a quién: los miembros del órgano de administración que ejerzan funciones de gerencia o alta dirección, y 2. por cuanto, entre dos importes que sirvan de niveles inferiores y superiores, con independencia de su ratificación por la junta general, que estará siempre informada, al ser mención obligatoria en la memoria de las cuentas anuales. Se cumplen así las exigencias de la Ley y del Reglamento del Registro Mercantil para destruir la presunción de gratuidad, así como las reglas básicas para admitir la inscripción fijadas por la D.G.R.N.: 1).—La necesidad de que de existir la retribución se prevea la forma expresa en los estatutos y 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. En el caso presente, sí se establece que los administradores tienen una concreta modalidad de retribución, no con carácter facultativo sino incondicional, pero al amparo del artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, la retribución no es igual para todos los administradores, si no que será, sólo los que ejerzan funciones de gerente o de personal de alta dirección. Ejemplo Consejo de Administración con Consejero Delegados o Comisión Ejecutiva. Todo ello fundamentado en el artículo 124.3. del Reglamento del Registro Mercantil. Baste por último, remitirnos en prueba de la procedencia de lo acordado a: 1. La forma de recogerse en los estatutos sociales de las diferentes sociedades que componen el IBEX 35 la retribución de sus órganos de administración, en cuyos supuestos la redacción y casuística es mucho mas intrincada que la aquí debatida. 2. La existencia de acuerdos sociales con el mismo texto, que han sido inscritos con carácter previo en el Registro Mercantil sobre cuyo acto se recurre. 3. Las resoluciones de 19 de marzo de 2001 y 12 de noviembre de 2003 de esa Dirección General en la que claramente se establece, los hechos positivos que para la inscripción en esta modificación estatutaria se contienen, y que son: la necesidad de que existir la retribución se prevea de forma expresa en los

estatutos, excluyendo así la gratuidad con que inicialmente contempla la norma legal el ejercicio del cargo; y la determinación de uno o más concretos sistemas para la misma, de manera que no quede a voluntad de la junta general su elección o la opción entre distintos sistemas de retribución».

#### IV

Mediante escrito de 27 de febrero de 2013, 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 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; las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010 y 10 de febrero y 19 de diciembre de 2012; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 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. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se modifican los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada para establecer que «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 45.000 euros y 58.000 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 registradora Mercantil y de Bienes Muebles resuelve no practicar la inscripción solicitada porque, a su juicio, constando en dicha disposición estatutaria «el carácter retribuido del cargo de administrador, así como el sistema de retribución, no puede sujetarse dicho carácter a condición de que los administradores realicen otras funciones de administración».

El recurrente alega, resumidamente, que nada impide en la Ley que se tengan en cuenta los cargos desempeñados por cada consejero en el propio órgano de administración, y en función de ello, se establezca si dichas funciones son retribuidas o no.

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 General 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 a cabo, resultados sociales, período 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 (vid. «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 aquéllos 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 General (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 sólo 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 objetivizar 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 certidumbre 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 mas 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. Téngase en cuenta que la sociedad está regida por administradores solidarios y si bien no resulta del expediente la existencia de otros posibles modos de organizar la administración (artículo 210 de la Ley de Sociedades de Capital) el carácter indiscriminado de la previsión estatutaria hace patente su ilicitud.

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.

Por ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación de la registradora, en los términos que resultan de los precedentes 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 vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de mayo de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.