

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15546 *Resolución de 9 de agosto de 2019, 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 Segovia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por doña B. G. G., en representación de la sociedad «Promociones Adanero, S.L.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Segovia, doña María Ángeles Echave-Sustaeta y de la Torre, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

El día 11 de marzo de 2019, ante la notaria de Segovia, doña María Yolanda Fernández Sainz con número de protocolo 390, se otorgó una escritura de modificación de estatutos de la sociedad «Promociones Adanero, S.L.», respecto de la retribución de los administradores, de suerte que, en lo que en este expediente interesa, el artículo 29 de tales estatutos queda con la redacción siguiente:

«B) En el caso de Consejo de Administración

1. El conjunto de los miembros del Consejo de Administración, en su condición de tales, tiene derecho a percibir una remuneración por el ejercicio de las funciones de supervisión y decisión colegiada propias de este órgano.

2. Dicha remuneración estará compuesta por (i) una asignación fija, dinerario y en especie y, en su caso, (ii) dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración.

El importe total de las retribuciones que puede satisfacer la Sociedad al conjunto de sus consejeros en su condición de tales no excederá de la cantidad que a tal efecto determine la Junta General de socias. Dicho importe será de aplicación en tanto no sea modificada por un nuevo acuerdo de la Junta General.

La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro del límite fijado por la Junta General de socios, su distribución entre las distintos consejeros y los criterios que hayan de tenerse en cuenta a estos efectos, la periodicidad de su percepción, así como, en general, todo lo no previsto expresamente por la Junta General de socios, corresponderá al Consejo de Administración.

3. (...)

4. Los consejeros que, de manera adicional a sus labores de supervisión y decisión colegiada, se les atribuyan funciones ejecutivas dentro de la sociedad, sea cual fuere su relación con la sociedad, tendrán derecho a percibir, por dichas funciones, una retribución compuesto par: (a) una parte fijo (dinerario y en especie), adecuada a las funciones y responsabilidades asumidas; (b) una parte variable, correlacionada con algún Indicador de los rendimientos del consejero o de lo sociedad; (e) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunas y (d) una indemnización para el caso de (i) cese no debida al Incumplimiento Imputable al consejero o (ii) dimisión por causas sobrevenidos ajenas al consejero.

5. El importe total de las retribuciones que puede satisfacer lo Sociedad al conjunto de las consejeras a las que se les atribuyan funciones ejecutivas no excederá de la

cantidad que a tal efecto determine la Junta General de socios. Dicho importe será de aplicación en tanto no sea modificada por un nuevo acuerdo de la Junta General. (...)

La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro del límite fijado por la Junta General de socios, su distribución entre los distintos consejeros y los criterios que hayan de tenerse en cuenta a estos efectos, la periodicidad de su percepción, así como, en general, todo lo no previsto expresamente por la Junta General de socios, corresponderá al Consejo de Administración (...).

II

El 26 de marzo de 2019 se presentó en el Registro Mercantil de Segovia copia autorizada de la referida escritura; y el 3 de mayo de 2019 fue objeto de la siguiente calificación negativa emitida por la registradora, doña María Ángeles Echave-Sustaeta y de la Torre:

«La registradora Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18-2 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 (...)

Fundamentos de Derecho (defectos):

1. Artículo 29.B.2 está indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución.

2. Artículo 29. B.4. (b) está indeterminada la forma de concretar la parte variable de la retribución.

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

Doña B. G. G., representación de la sociedad «Promociones Adanero, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Segovia el 29 de mayo de 2019. En dicho escrito expresa las siguientes alegaciones:

«Primera. El artículo 29.B.2 de los Estatutos Sociales se ajusta al contenido del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

La Sra. Registradora Mercantil, a juicio de esta parte y con el debido respeto, realiza una lectura errónea tanto del artículo 292 estatutario aprobado, como del contenido del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, pues no aprecia que el primero se ajusta plenamente al segundo, incluso a la Doctrina tanto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, como de las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado posteriores a dicha Sentencia.

Manifiesta la Sra. Registradora que “está indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución” lo que en modo alguno es cierto: sí se establece claramente que las dietas forman parte de la retribución de los consejeros: “2. Dicha remuneración estará compuesta por (i) una asignación fija, dinerario y en especie y, en su caso, (ii) dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración.”

Cuestión diferente es que los consejeros de forma posterior decidan hacer uso o no de ese sistema, pues la reforma legal promulgada por la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo, que modificó el citado artículo 217 LSC, es muy clara al respecto, y es que la retribución de administradores tiene un triple prisma:

– En el primer prisma, los Estatutos Sociales, los cuales deben establecer la forma o formas concretas de retribución de administradores, cuya enumeración viene desglosada en el citado 217 LSC.

– En un segundo prisma, la Junta General, quien determinará el importe máximo que los administradores podrán percibir por el ejercicio de sus funciones en su condición de tal.

– Y en tercer y último prisma, los propios administradores, quienes dentro del límite establecido en los Estatutos (forma de retribución) y del límite de la cuantía máxima acordada por la Junta, tendrán la potestad de distribuir dicha retribución en la forma en la que estimen más oportuno.

Y esto es justo lo que establece el artículo 29.º de los Estatutos.

Cuando la Sra. Registradora manifiesta que “está indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución” no interpreta adecuadamente el añadido “y, en su caso” que precede al apartado (ii) sobre las dietas de asistencia, pues lo que la Junta está ordenando es que sólo haya dos maneras admisibles de retribución, no necesariamente cumulativas, esto es, puede ser sólo la opción de retribución fija, puede ser sólo la opción de dietas de asistencia, o pueden ser ambas. Ello quedará a la consideración de los administradores. Lo que en ningún caso será admisible, y así lo establecen los Estatutos, es que se retribuya por alguna otra de las formas de retribución contempladas en el 217 LSC (por ejemplo, participación en beneficios, retribución variable, o remuneración en participaciones sociales), ni tampoco, sea cual sea la forma elegida, que se pueda superar el límite máximo anual establecido por la Junta:

“El importe total de las retribuciones que puede satisfacer la Sociedad al conjunto de sus consejeros en su condición de tales no excederá de la cantidad que a tal efecto determine la Junta General de socios. Dicho importe será de aplicación en tanto no sea modificada por un nuevo acuerdo de la Junta General.

La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro del límite fijado por la Junta General de socios, su distribución entre las distintos consejeros y los criterios que hayan de tenerse en cuenta a estos efectos, la periodicidad de su percepción, así como, en general, todo lo no previsto expresamente por la Junta General de socios, corresponderá al Consejo de Administración”.

Ello se explica muy sencillamente. En el caso de que no se hubiese añadido la frase “en su caso” sí podría interpretarse que la voluntad de los socios habría sido necesariamente retribuir a los consejeros con ambas formas de retribución cumulativa, lo que podría interpretarse como una obligación de éstos a seguir el concreto dictado de la Junta. Pero no es el caso, esa no es la voluntad de los socios, pues ha de recordarse asimismo que nos hallamos en sede de sociedad de responsabilidad limitada, de naturaleza esencialmente cerrada, donde el caso concreto que nos ocupa, la mercantil Promociones Adanero, S.L. es de carácter familiar, cuyo acuerdo ha sido adoptado en Junta Universal y por unanimidad, lo que evidencia que responde a la inequívoca voluntad de la totalidad de los socios titulares de las participaciones sociales en que se halla dividido el capital social. La voluntad de los socios, en comunión a lo dispuesto en el artículo 217 LSC, es delegar en los administradores la forma y reparto de la retribución, con sólo 2 límites claros:

1. Sólo hay dos formas admisibles de retribuir: por cuantía fija, y/o por dietas. Ninguna otra forma admisible.

2. Y sea cual sea la forma escogida, en ningún caso se podrá superar la cuantía máxima anual acordada por la Junta General.

Basta con leer el artículo 217 LSC para advertir que el artículo 294 estatutario se ajusta plenamente a Derecho, al criterio del legislador, e igualmente, a la voluntad de todos los socios.

Segunda. El artículo 29. B.4. (b) de los Estatutos Sociales se ajusta igualmente al contenido del mismo artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

Similares argumentos para el caso del apartado 9.4. (b) del artículo 29.

La Sra. Registradora Mercantil establece que “está indeterminada la forma de concretar la parte variable de la retribución” cuando la realidad es que ello no ha de ser necesariamente objeto de reserva estatutaria, pues lo que establece el artículo 217 LSC es que el variable se reconoce expresamente como forma de retribución, sin que dicho artículo establezca la obligación de determinar en Estatutos la concreta forma de cuantificar ese variable. Ello podrá ser acordado, bien por la propia Junta General en uso de sus facultades de intervención en asuntos de gestión ex artículo 161 LSC, bien por los propios administradores, pues al Igual que lo dispuesto en el apartado anterior, sea cual sea la forma de retribución, y sea cual sea los parámetros escogidos para la cuantificación de la variable, en ningún caso podrá exceder del importe máximo que la Junta General haya acordado para la totalidad del consejo de administración. Así lo reconoce de forma literal el apartado 5 siguiente:

“5. El importe total de las retribuciones que puede satisfacer la Sociedad al conjunto de las consejeras a los que se les atribuyan funciones ejecutivas no excederá de la cantidad que a tal efecto determine la Junta General de socios. Dicho importe será de aplicación en tanto no sea modificada por un nuevo acuerdo de la Junta General.”

Por tanto, entendemos que la Sra. Registradora está realizando una lectura e interpretación tremendamente restrictiva del artículo 217 LSC al entender que si una sociedad opta por la forma variable como forma de retribución, sus parámetros de referencia deban necesariamente constar en los Estatutos, interpretación que no podemos compartir toda vez que la Ley no lo establece expresamente como obligación imperativa, para lo cual nos remitimos a la libre autonomía de la voluntad de los socios consagrada en el artículo 28 LSC.

Ha de añadirse asimismo que el artículo estatutario calificado se enmarca dentro del denominado consejero ejecutivo o delegado, cuyo estatuto jurídico obliga a la suscripción de un contrato entre el mismo y la sociedad en el cual vendrán recogidos, contemplados y establecidos todos y cada uno de los conceptos retributivos que dicho consejero ejecutivo puede percibir, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 249 LSC, cuestión que refleja asimismo el artículo estatutario aprobado, parte que no ha sido objeto de calificación por la Registradora.

Es más, el artículo 529 octodecimos LSC relativo a la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas en sociedades anónimas cotizadas establece que, en sede de este tipo societario, el contrato de consejero delegado previsto en el artículo 249 deberá reflejar asimismo “los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables” lo que evidencia que no estamos ante un hecho susceptible de reserva estatutaria. Dicho lo cual cabe manifestar que, si la Ley expresamente establece que en sede de una sociedad como la cotizada, sujeta a rígidas normas de transparencia e informes anuales tanto de retribución como de gobierno corporativo, los parámetros de la retribución variable deben constar en el contrato de consejero delegado y no en los Estatutos, no parece lógico exigir que en cambio sí deba constar en estatutos de sociedades pequeñas, cerradas y de responsabilidad limitada.

Todo ello, ya se ha dicho, sin perjuicio de las facultades de la Junta General de intervenir en asuntos de gestión, e incluso si así lo desea, de establecer en los Estatutos qué métodos concretos han de establecerse para determinar la retribución variable, pero ello siempre y cuando ese sea su parecer y voluntad, no por una exigencia que la Ley no contempla. Por tanto, el consejo de administración podrá distribuir la retribución percibida con los mismos límites que los establecidos en la alegación anterior: no podrá retribuir de ninguna forma que no esté contemplada expresamente en los estatutos, y no podrá exceder del importe máximo acordado por la Junta General».

IV

Mediante escrito de 18 de junio de 2019, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que mantiene el primer defecto y, a la vista del recurso, reforma la calificación respecto del segundo defecto.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1284 y 1285 del Código Civil; 23.e), 28, 217 y 218 de la Ley de Sociedades de Capital; 185.4 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo 441/2007, de 24 de abril, 448/2008, de 29 de mayo, 893/2011, de 19 de diciembre, y 412/2013, de 18 de junio; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1956, 18 y 20 de febrero, 20 y 25 de marzo, 26 de julio y 4 de octubre de 1991, 17 de febrero de 1992, 23 de febrero de 1993, 7 de mayo de 1997, 19 de febrero y 15 y 18 de octubre de 1998, 15, 18 y 21 de septiembre de 1999, 15 de abril de 2000, 19 de marzo y 30 de mayo de 2001, 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003, 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 16 de febrero, 7 de marzo, 5 de abril y 18 de junio de 2013, 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014, 19 de febrero y 12 de marzo de 2015 y 21 de enero de 2016.

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 la cláusula a la que se refiere el único defecto mantenido por la registradora- se dispone, entre otros extremos, que la retribución de los miembros del consejo de administración «(...) estará compuesta por (i) una asignación fija, dinerario y en especie y, en su caso, (ii) dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración (...)».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, «está indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución».

2. Según el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, si es retribuido el cargo de los administradores deberá constar, en todo caso, en los estatutos sociales el sistema de retribución.

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 número 893/2011, de 19 de diciembre, y número 412/2013, de 18 de junio).

Esta Dirección General 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, entre otras), 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.

En el presente caso, la registradora se limita en su escueta calificación a afirmar que resulta indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución. Pero, si la disposición estatutaria relativa a la retribución de los consejeros se interpreta en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículos 1285 y 1284 del Código Civil), debe entenderse en el sentido de previsión efectiva del sistema de retribución consistente en dietas por asistencia, cuya cuantía determinará la junta general y cuya percepción sólo procederá «en su caso», es decir en los casos en que el consejero asista a las reuniones del consejo de administración.

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, 9 de agosto de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.