

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12716 *Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid a inscribir la modificación de determinado precepto estatutario.*

En el recurso interpuesto por don J. P. G., en nombre y representación de la sociedad «Cemex España, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, a inscribir la modificación de determinado precepto estatutario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 26 de junio de 2015 por el notario de Madrid, don Antonio Pérez-Coca Crespo, con número 3.196 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general universal de socios el día 23 de junio de 2015, de modificación de determinados artículos de los estatutos sociales de la sociedad «Cemex España, S.A.». Concretamente, en lo que interesa en este expediente, se modifica el artículo 28, que queda redactado de la siguiente forma: «Retribución de los Administradores El cargo de Administrador será gratuito, sin perjuicio de la retribución que le pueda corresponder por la prestación de servicios en virtud de una relación distinta de la propia de tal cargo que haya sido establecida, así como de ser resarcidos de los gastos justificados que realicen con ocasión y en el ejercicio de su función. No obstante lo anterior, el cargo de Consejero Delegado de la compañía será retribuido por todos o algunos de los siguientes conceptos: (i) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidos, (ii) una parte variable, correlacionada con algún indicador de los rendimientos del consejero de la Sociedad, (iii) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguros oportunos, y (iv) una indemnización en caso de separación o cualquier otra forma de extinción de la relación jurídica con la Sociedad no debida a un incumplimiento imputable al consejero».

II

El día 7 de julio de 2015, se presentó copia autorizada de dicha escritura al Registro Mercantil de Madrid, con el número de entrada 1/2015/84.187, y fue objeto de inscripción parcial, con calificación por el registrador, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, que, a continuación, se transcribe: «(...) De conformidad con lo solicitado no se inscribe: (...) ii- Del artículo 28 las referencias a la retribución del Consejero Delegado, porque no prevé la celebración del contrato entre este y la sociedad en los términos establecidos en el art. 249.3 LSC. En relación con la presente calificación: (...) Madrid, 15 de julio de 2015 (firma ilegible).—El registrador».

La calificación fue notificada a los interesados el día 16 de julio de 2015.

III

El día 11 de agosto de 2015, don J. P. G., en nombre y representación de la sociedad «Cemex España, S.A.», interpuso recurso contra la anterior calificación en el que alegó los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero.—(...) La modificación introducida en dicho artículo de los estatutos sociales obedece a incluir en los estatutos la gratuidad del cargo

de consejero, lo que venía siendo práctica habitual de la Sociedad, y dar cumplimiento por otra parte a lo establecido por el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en cuanto al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Esta parte entiende, dicho sea con el máximo respeto, que la observación manifestada por el Sr. Registrador bajo el epígrafe (ii) y su negativa a inscribir el párrafo del artículo 28 relativo al régimen retributivo del Consejero Delegado adolece de falta de motivación y no se ajusta a lo establecido en la Ley. El motivo esgrimido por el Sr. Registrador para no inscribir el párrafo relativo al régimen retributivo del Consejero Delegado es el siguiente: «ii- Del artículo 28 las referencias a la retribución del Consejero Delegado, porque no prevé (sic) la celebración del contrato entre este y la sociedad en los términos establecidos en el art. 249.3 LSC.» En este sentido se hace constar que si bien el artículo 249.3 establece la obligación de celebrar un contrato entre el Consejero Delegado o el consejero que tenga funciones ejecutivas y la sociedad que deberá ser previamente aprobado por el consejo de administración, no dispone la obligación de reflejar en estatutos la necesidad de celebrar dicho contrato. Tal y como figura en los estatutos de Cemex España, S.A., esta se rige por sus estatutos y en todo lo no previsto en ellos, por la Ley de Sociedades de Capital, por lo tanto no es necesario hacer constar expresamente en los estatutos la obligatoriedad de la celebración del contrato puesto que esta obligación ya viene impuesta por el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital, que es de aplicación a la sociedad. Segundo.—El artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en su apartado 4 establece que el contrato que firme la sociedad con el Consejero Delegado deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta General. Efectivamente, el párrafo 2.º del artículo 28 de los estatutos sociales que no ha sido inscrito por el Sr. Registrador, lo que precisamente hace es detallar el sistema de retribución del Consejero Delegado, tal y como establece el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma introducida por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre. Uno de los objetivos de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital introducida por dicha Ley 31/2014 es, precisamente, generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores. Con este fin, una de las novedades relevantes de esta reforma es la regulación de la remuneración de los administradores. La Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 dice: «Distintos organismos internacionales han destacado la creciente preocupación por que las remuneraciones de los administradores reflejen adecuadamente la evolución real de la empresa y estén correctamente alineadas con el interés de la sociedad y sus accionistas. Para ello y en primer lugar, la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital.» Pues bien, el párrafo 2.º del artículo 28 de los estatutos sociales, en opinión de esta parte, no hace sino dar cumplimiento a lo exigido por la ley, estableciendo el régimen retributivo del Consejero Delegado y, por lo tanto, debería ser objeto de inscripción. Tercero.—A mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo manifestado anteriormente, esta, parte desea poner de manifiesto que artículos de estatutos de sociedades distintas a Cemex España, S.A., con una redacción idéntica o muy similar al que nos ocupa, han sido inscritos recientemente en el Registro Mercantil de Madrid sin que los Registradores que los han calificado hayan puesto objeción alguna. Así, el artículo 27 de los estatutos de la sociedad «Cemex España Operaciones, S.L.», que tiene una redacción idéntica al artículo 28 de los estatutos sociales de Cemex España, S.A., fue inscrito sin incidencias el pasado 10 de junio. (...) Asimismo, en el artículo 48 de los estatutos de la sociedad «Cemex Latam Holdings S.A.» figura un párrafo, el número 4, con una redacción idéntica al que ahora nos ocupa: (...) Dicho artículo también ha sido inscrito en el Registro Mercantil de Madrid sin que la Registradora que ha practicado la inscripción haya puesto ninguna objeción a la redacción del mismo. (...). Esta disparidad de criterios no hace sino provocar una importante inseguridad jurídica y conculca además lo dispuesto en el artículo 18.8 del Código de Comercio que establece lo siguiente: «Si un Registro Mercantil estuviese a cargo de dos o

más registradores, se procurará, en lo posible, la uniformidad de los criterios de calificación. A tal efecto, llevarán el despacho de los documentos con arreglo al convenio de distribución de materias o sectores que acuerden. El convenio y sus modificaciones posteriores deberán ser sometidos a la aprobación de la Dirección General de los Registros y del Notariado.» Huelga decir que en este caso, la falta de uniformidad de criterios es palmaria y evidente para casos que son sustancialmente idénticos».

IV

Mediante escrito, de fecha 18 de agosto de 2015, el registrador Mercantil, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

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 diecisiete, 529 dieciocho, 529 diecinueve y 541 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 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 y 18 y 25 de junio de 2013, 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 y 3 de abril de 2013, 25 de febrero, 12 de mayo, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014 y 19 de febrero y 30 de julio de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible determinada cláusula de los estatutos por la que se previene que, aun cuando el cargo de administrador será gratuito, el cargo de consejero delegado será retribuido por los conceptos que se detallan.

El registrador funda su negativa a la inscripción en la omisión de referencia estatutaria a la necesaria celebración del contrato entre el consejero delegado y la sociedad en los términos establecidos en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Para resolver la cuestión planteada deben tenerse en cuenta 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, por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se da nueva redacción al artículo 249 de la Ley de Sociedades de capital que en sus apartados tercero y cuarto determina que: «3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión. 4. En el contrato 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. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

En relación con esta cuestión, de la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que 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. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo 249.4 «...deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

Consecuentemente, el recurso ha de ser estimado, pues es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, y el artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria alguna.

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, 5 de noviembre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.