

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9671 *Resolución de 25 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XXIII de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don José Manuel Benéitez Bernabé, notario de Soria, contra la negativa del registrador Mercantil XXIII de Madrid, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

El día 11 de febrero de 2021 se otorgó escritura de constitución de la sociedad «Safe Haven Investments, S.L.» ante el notario de Soria, don José Manuel Benéitez Bernabé.

En el artículo 2 de los estatutos sociales se establecía, en lo que interesa en este expediente, que la sociedad tenía por objeto, entre otras, las siguientes actividades:

«– La suscripción o adquisición por cualquier medio lícito, y la tenencia, administración y enajenación de acciones y participaciones en el activo de Sociedades de toda clase, civiles, mercantiles, industriales, cooperativas y mutualidades, así como de bonos, obligaciones simples o hipotecarias y cualquier otra clase de títulos o valores mobiliarios, cotizados o no en Bolsa. Todas estas operaciones se realizarán por cuenta propia, y excepción hecha de las operaciones sujetas a las Leyes del Mercado de Valores y sobre Instituciones de Inversión Colectiva, y, en particular, con exclusión del objeto propio de las sociedades de Inversión Colectiva, que es el objeto social principal, con CNAE, 6420 (...)

– La prestación a terceros de servicios administrativos y contables y la realización de estudios, proyectos de asesoramiento técnicos, financieros y de inversión, con CNAE, 6920 y 7022 (...)

Las actividades enumeradas anteriormente podrán ser desarrolladas por la Sociedad, ya directamente, ya indirectamente mediante su participación en sociedades de objeto análogo o idéntico.

En relación con las actividades que integran el objeto social que pueden considerarse propias de una sociedad profesional, se hace constar que la presente no es tal, sino que es, respecto de dicha actividad, una sociedad de intermediación.

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad. Si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de algunas de las actividades comprendidas en el objeto social, algún título profesional o autorización administrativa o la inscripción en Registros Públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente la requerida titulación, y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.»

Y en el artículo 18 se dispone lo siguiente:

«El cargo de administrador es retribuido y consiste, no en una participación en los beneficios, sino en una cantidad fija que cada año establecerá la Junta General. El desempeño del cargo de administrador es compatible con el desempeño de otras tareas laborales para la entidad. En el caso de que las mencionadas tareas sean las labores de

gerencia y dirección de la entidad, la remuneración por estas labores consistirá en una cantidad fija que cada año determinará la Junta General.»

II

Presentada el día 24 de febrero de 2021 la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Fernando Trigo Portela, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 146/341.
F presentación: 24/02/2021.
Entrada: 1/2021/28.096,0.
Sociedad: Safe Haven Investments SL.
Hoja:

Autorizante: Benítez Bernabé José Manuel.
Protocolo: 2021/254 de 11/02/2021.

Fundamentos de Derecho.

1. El artículo 2 de los estatutos establece como una actividad del objeto social asesoramiento financiero que está reservado, en exclusiva, por los artículos 143, 144 R.D. 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el TR. de la Ley del Mercado de Valores, a las empresas de servicios de inversión, cuyos requisitos, autorización en inscripción en los correspondientes registros administrativos, esta sociedad no cumple.

Artículo 143. *Clases de empresas de servicios de inversión.*

1. Son empresas de servicios de inversión las siguientes:

- a) Las sociedades de valores.
- b) Las agencias de valores.
- c) Las sociedades gestoras de carteras.
- d) Las empresas de asesoramiento financiero.

2. Las sociedades de valores son aquellas empresas de servicios de inversión que pueden operar profesionalmente, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y realizar todos los servicios de inversión y servicios auxiliares previstos en los artículos 140 y 141, respectivamente.

3. Las agencias de valores son aquellas empresas de servicios de inversión que profesionalmente sólo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella. Podrán realizar los servicios de inversión y los servicios auxiliares previstos en los artículos 140 y 141, respectivamente, con excepción de los previstos en el artículo 140.1.c), y en el artículo 141.b).

4. Las sociedades gestoras de carteras son aquellas empresas de servicios y actividades de inversión que exclusivamente pueden prestar los servicios y actividades de inversión previstos en el artículo 140.1.d) y g). También podrán realizar los servicios auxiliares previstos en el artículo 141.c) y e). Estas empresas no estarán autorizadas a tener fondos o valores de clientes por lo que, en ningún caso, podrán colocarse en posición deudora con respecto a sus clientes.

5. Las empresas de asesoramiento financiero son aquellas personas físicas o jurídicas que exclusivamente pueden prestar los servicios y actividades de inversión previstos en el artículo 140.1.g) y los servicios auxiliares previstos en el artículo 141.c) y e).

En ningún caso, las actividades realizadas por las empresas de asesoramiento financiero estarán cubiertas por el fondo de garantía de inversiones regulado en el título VI. Estas empresas no estarán autorizadas a tener fondos o valores de clientes por lo que, en ningún caso, podrán colocarse en posición deudora con respecto a sus clientes.

Las agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras y las empresas de asesoramiento financiero no podrán realizar operaciones sobre valores o efectivo en nombre propio, salvo para, con sujeción a las limitaciones que reglamentariamente se establezcan, administrar su propio patrimonio.

Artículo 144. *Reserva de actividad y denominación.*

1. Ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos de la CNMV o del Banco de España, desarrollar con carácter profesional o habitual las actividades previstas en el artículo 140 y en el artículo 141.a), b), d), j) y g), en relación con los instrumentos financieros contemplados en el artículo 2, comprendiendo, a tal efecto, a las operaciones sobre divisas.

Asimismo, la comercialización de servicios y actividades de inversión y la captación de clientes sólo podrán realizarlas profesionalmente, por sí mismas o a de los agentes regulados en el artículo 146, las entidades que estuvieran autorizadas a prestar tales servicios.

2. Las denominaciones de “Sociedad de Valores”, “Agencia de Valores”, “Sociedad Gestora de Carteras” y “Empresa de Asesoramiento Financiero”, así como sus abreviaturas “S.V.”, “A.V.”, “S.G.C.” y “E.A.F.” respectivamente, quedan reservadas a las entidades inscritas en los correspondientes registros de la CNMV, las cuales están obligadas a incluirlas en su denominación. Ninguna otra persona o entidad podrá utilizar tales denominaciones o abreviaturas ni la denominación de “empresa de servicios y actividades de inversión” ni cualquier otra denominación o abreviatura que induzca a confusión.

3. Las personas o entidades que incumplan lo previsto en los dos apartados anteriores serán requeridas para que cesen inmediatamente en la utilización de las denominaciones o en la oferta o realización de las actividades descritas. Si, en el plazo de treinta días a contar desde la notificación del requerimiento, continuaran utilizándolas o realizándolas serán sancionadas con multas coercitivas por importe de hasta quinientos mil euros, que podrán ser reiteradas con ocasión de posteriores requerimientos.

4. Será competente para la formulación de los requerimientos y para la imposición de las multas a que se refiere el apartado anterior la Comisión Nacional del Mercado de Valores que también podrá hacer advertencias públicas respecto a la existencia de esta conducta. Los requerimientos se formularán previa audiencia de la persona o entidad interesada y las multas se impondrán con arreglo al procedimiento previsto en esta ley. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las demás sanciones que procedan con arreglo a lo dispuesto en el título VIII ni de las demás responsabilidades, incluso de orden penal, que puedan ser exigibles.

5. El Registro Mercantil y los demás Registros públicos no inscribirán a aquellas entidades cuyo objeto social o cuya denominación resulten contrarios a lo dispuesto en esta ley. Cuando, no obstante, tales inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes Registros.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2019 finaliza diciendo lo siguiente: Por otro lado, es cierto que la Resolución

de 29 de enero de 2014 consideró que la actividad de compraventa de valores no exige una expresa exclusión de actividad de la Ley del Mercado de Valores, pero así se consideró precisamente porque dicha actividad no es, per se, una actividad regulada y reservada por la ley a las empresas de servicios de inversión. No ocurre así en el supuesto que da lugar a la presente en el que la actividad de asesoramiento de inversión, equivalente a la consultoría financiera como ha quedado acreditado, sí que constituye una actividad típica y reservada a las empresas de servicios de inversión (artículo 140.1.g) de la Ley del Mercado de Valores). Y es que, a diferencia de la actividad de compraventa de valores que no implica necesariamente una actuación por cuenta de terceros, la asesoría se realiza, por definición, por dicha cuenta por lo que, como ha sido reiterado, es precisa una exclusión expresa y amparada en las previsiones de la ley (vid artículo 139.1.k) de la Ley del Mercado de Valores de difícil encaje en el derecho de sociedades, cuestión que escapa al objeto de la presente sin que proceda ahora llevar a cabo un pronunciamiento al respecto).

2. En relación al artículo 18 de los estatutos sociales, si bien en principio la relación orgánica que por naturaleza corresponde al administrador no impide la celebración de un contrato laboral o civil con la sociedad con sus retribuciones correspondientes (ver art 220 LSC), esta acumulación de relaciones y retribuciones ha sido condicionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 21 abril 2005, 30 diciembre 1992, 26 marzo 1996 y especialmente la de la Sala 4.^a de 9 diciembre 2009) a que el administrador desarrolle como consecuencia de las últimas, una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo en todo caso los contratos laborales de alta dirección pues, en caso contrario, la función que el administrador ha de desempeñar sobre la base del vínculo laboral estaría ya incluida dentro de la posición orgánica siendo incompatible la dualidad de relaciones y retribuciones prevaleciendo la relación orgánica sobre la laboral -doctrina del vínculo único- (Resoluciones 3 abril 2013 y 12 mayo 2014). Por todo lo dicho deberán condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que el administrador desarrolle como consecuencia de las mismas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009: Teniendo siempre presente el anterior argumento, esta Sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 29-9-1988, 21 de enero, 13 mayo y 3 junio y 18 junio 1991, 27-1-92 (rcud. 1368/1991), 11 de marzo de 1.994 (rcud. 1318/1993), 22-12-94 (rcud. 2889/1993), 16-6-98 (rcud. 5062/1997), 20-11-2002 (rcud. 337/2002) y 26-12-07 (rcud 1652/2006) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, (de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas); por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral.

Resolución de 3 de abril de 2013 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: "No sería inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u

honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos”.

Resolución de 10 de mayo de 2016 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: “Sin embargo, también en estos supuestos que hemos llamado de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo -es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa- tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración”.

Son defectos subsanables.

En relación con la presente calificación: (...)

Madrid, uno de marzo de dos mil veintiuno

Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Fernando Trigo Portela a día 01/03/2021.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Manuel Benéitez Bernabé, notario de Soria, interpuso recurso el día 4 de marzo de 2021 mediante escrito el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero.

La actividad que constituye el objeto principal de la sociedad es, y así se establece de manera inequívoca por dos veces en la escritura calificada, en la cláusula segunda y en el artículo segundo, “la suscripción o adquisición por cualquier medio lícito, y la tenencia, administración y enajenación de acciones y participaciones en el activo de Sociedades de toda clase, civiles, mercantiles, industriales, cooperativas y mutualidades, así como de bonos, obligaciones simples o hipotecarias y cualquier otra clase de títulos o valores mobiliarios, cotizados o no en Bolsa, por cuenta propia, y excepción hecha de las operaciones sujetas a las Leyes del Mercado de Valores y sobre Instituciones de Inversión Colectiva, y, en particular, con exclusión del objeto propio de las sociedades de Inversión Colectiva, con código de actividad económica, 6420.”, extremo este que no ofrece ninguna controversia, ni es ni puede ser objeto de calificación negativa.

Sí la ofrece –y no lo ha ignorado nunca el Notario autorizante- el relativo a incluir en el objeto social el asesoramiento financiero. Y es precisamente por ello, como no puede desconocerse en la calificación registral, que ha de tener en cuenta para calificar el título en su conjunto, por lo que en la propia escritura se dice textualmente que “En relación con las actividades que integran el objeto social que pueden considerarse propias de una sociedad profesional, se hace constar que la presente no es tal, sino que es, respecto de dicha actividad, una sociedad de intermediación”, y que “Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad. Si las disposiciones legales exigieran para el ejercicio de algunas de las actividades comprendidas en el objeto social, algún título profesional o autorización administrativa o la inscripción en Registros Públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente la requerida titulación, y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos.”

Tomada en consecuencia, en relación con el asesoramiento financiero, la sociedad que se constituye como de intermediación -hubiera podido ser también de medios, o de comunicación de ganancias-, no ha de ofrecer problema alguno su inscripción registral. Y

así lo establecen las RRDGRN de 11 de septiembre de 2017 (BOE 240 de 5 de octubre de 2017, página 96664 y siguientes); la número 2009/005012 de cinco de marzo de dos mil nueve; y la de 24 de abril de 2017 (BOE 116 de 16 de mayo de 2017, página 40211).

Entre otras.

Cuestión distinta hubiera sido si el asesoramiento financiero se hubiera constituido como objeto principal de la sociedad. Pero no lo es en ningún caso, sin que quepa interpretación al respecto.

Segundo.

Aun en el supuesto de que no se admitiera lo anterior, no puede desconocer el señor Registrador que se ha solicitado por los comparecientes y otorgantes, de manera expresa y en la propia escritura, la inscripción de los negocios jurídicos inscribibles, aún en el supuesto del artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil.

Por tanto, el señor Registrador hubiera podido denegar la inscripción solo en relación con que el asesoramiento financiero formara parte del objeto social. Pero nunca y bajo ninguna circunstancia se puede negar a la inscripción del resto.

Tercero.

Lo mismo cabe decir del defecto segundo, relativo al artículo dieciocho de los estatutos sociales.

Con independencia de que la redacción del artículo dieciocho nunca ha ofrecido el más mínimo problema para la inscripción en distintos registros mercantiles para el Notario autorizante, lo cierto es que este no niega que efectivamente pueda tener razón el señor Registrador.

Pero como la redacción del artículo dieciocho está también bajo la cobertura de la solicitud expresa de inscripción de los negocios jurídicos inscribibles aún en el supuesto del artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, tampoco puede dedicarse el señor Registrador a una denegación total de la inscripción.

Podrá efectivamente denegar la inscripción de la parte del artículo dieciocho que dice que el desempeño del cargo de administrador es compatible con el desempeño de otras tareas laborales para la entidad, y que en el caso de que las mencionadas tareas sean las labores de gerencia y dirección de la entidad, la remuneración por estas labores consistirá en una cantidad fija que cada año determinará la Junta General.

Pero bajo ningún concepto, y precisamente por el contenido de su propia calificación, podrá denegar la inscripción del resto del artículo, es decir, que "El cargo de administrador es retribuido y consiste, no en una participación en los beneficios, sino en una cantidad fija que cada año establecerá la Junta General.", porque la parte inscribible del artículo dieciocho tiene entidad suficiente, sin necesidad del resto, para constituir una norma estatutaria completa.»

IV

Mediante escrito, de fecha 8 de marzo de 2021, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1271 y 1272 del Código Civil; 1, 2, 18 y 117 del Código de Comercio; 22.1.b), 23.b) y.e), 28, 217, 218, 219, 220, 227, 228, 232, 236, 249, 249 bis, 260, 529 quinceces, 529 septdecies, 529 octodecies, 529 novodecies y 541 de la Ley de Sociedades de Capital; 138, 139, 140, 141, 143 y 144 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; 2, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás

entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre; 5, 6, 15, 58 y 63 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005, 24 de abril y 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 28 de septiembre de 2010, 19 de diciembre de 2011, 19 de diciembre de 2012, 18 y 25 de junio de 2013 y 26 de febrero de 2018; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1956, 1 de diciembre de 1982, 13, 14 y 15 de octubre de 1992, 5 de abril, 1 de septiembre y 15 de diciembre de 1993, 11 de diciembre de 1995, 17 de abril de 1998, 8 de julio y 18 de noviembre de 1999, 8 de enero de 2000, 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de enero de 2005, 14 de julio de 2006, 23 de septiembre de 2008, 15 de octubre de 2010, 23 de marzo, 5 de abril, 4, 17 y 29 de junio, 5 de septiembre y 14 y 15 de noviembre de 2011, 25 de enero, 2 de febrero, 13 de marzo y 8 y 19 de mayo de 2012, 16 de febrero, 5, 7, 16 y 19 de marzo, 3 de abril, 23 de mayo y 11 de noviembre de 2013, 29 de enero, 25 de febrero, 5 y 11 de marzo, 12 de mayo, 17 de junio, 10 de julio y 26 de septiembre de 2014, 19 de febrero, 12 y 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio, 30 de julio, 7 y 17 de septiembre y 5 de noviembre de 2015, 21 de enero, 10 de mayo, 17 de junio y 2 de noviembre de 2016, 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 y 27 de febrero de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020 y 18 de marzo y 26 de abril de 2021.

1. En relación con la primera objeción que el registrador opone a la inscripción de la escritura de constitución la sociedad «Safe Haven Investments, S.L.», debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la cláusula de los estatutos por la que se incluye en el objeto social como actividad la de «asesoramiento financiero».

2. Es doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999, con criterio reiterado en muchas otras posteriores) que es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social (artículos 36, 1271, 1666 y 1700.2.º del Código Civil y 117 del Código de Comercio); la delimitación por el género comprende todas sus especies, por lo que se requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa.

Con base en tal doctrina puede ocurrir que la actividad social cuestionada, lícita y posible en términos generales, choque en ocasiones con las limitaciones legales que se imponen para su ejercicio en relación con determinadas ramas o manifestaciones de la misma, lo sea por la necesidad de un título habilitante, una forma o estructura social concreta, la reserva en favor de entidades especiales, etc. En tales casos, resultará que el ejercicio de la actividad que se define como objeto social, que ha de entenderse extensiva a todas las especies incluidas en su enunciado al no excluirse ninguna, no será posible ni lícita, dos de los requisitos que para todo objeto de contrato imponen los artículos 1271 y 1272 del Código Civil.

Esta apreciación es de especial importancia en supuestos como el de este expediente en que el legislador ha tenido especial empeño en acotar cuidadosamente el conjunto de actividades sujetas a un régimen especial. Esta especial previsión del legislador quedaría vacía de contenido si se permitiese la inscripción de actividades genéricas que comprendiesen tanto las reguladas como las no reguladas haciendo inútil el esfuerzo del legislador en deslindar unas de las otras. De aceptarse la inscripción de la expresión genérica de actividad se incumpliría la previsión legal de permitir la inscripción en el Registro Mercantil exclusivamente de aquellas sociedades que reúnan los requisitos especialmente previstos para el desarrollo de la actividad reservada.

3. En relación con las actividades de servicios de inversión, el legislador español ha querido ser especialmente cuidadoso habida cuenta de que el ámbito de posible actividad se refiere a una, la inversión en productos financieros, en la que el compromiso patrimonial que se puede derivar para los clientes no profesionales puede tener, y de hecho ha tenido en nuestra reciente historia, consecuencias muy negativas y un impacto social grave. Se justifica así el especial empeño en privar de la inscripción en el Registro Mercantil y de la protección que de la misma se deriva a la realización de determinadas actividades de servicios de inversión, salvedad hecha de que la sociedad reúna los requisitos legalmente previstos para el ejercicio de la actividad reservada.

La regulación de dichas actividades se encuentra en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

La sujeción de las empresas al contenido de la ley implica, entre otros requisitos, la necesidad de obtener autorización administrativa e inscripción en el registro administrativo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como, en caso de sociedades, el de añadir a su denominación aquella correspondiente al tipo de empresa de inversión que corresponda (artículo 144 de la Ley del Mercado de Valores).

De la regulación legal resulta una primera delimitación conceptual de lo que constituyen empresas de servicios de inversión que viene contemplada en el artículo 138.1 de la Ley del Mercado de Valores cuando afirma: «Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2».

Del concepto legal resulta que las empresas de servicios de inversión se conceptúan tanto en relación con las actividades que llevan a cabo (artículos 140, 141 y 142 de la propia ley), como por el objeto sobre el que recae su actividad, así como por el carácter profesional de su ejercicio (en el sentido de habitual y cualificado), y por sus destinatarios. Las sociedades que comprendan en su objeto alguna de las actividades de servicios de inversión han de acomodar su contenido a los requisitos especiales previstos en la Ley del Mercado de Valores.

Cuando las sociedades no realicen ninguna actividad de servicios de inversión o cuando realizándola no confluyan los requisitos legales para considerarlas como tales, no será precisa su acomodación a las exigencias de la Ley del Mercado de Valores. La propia ley excluye de su regulación aquellas empresas en que no se aprecia la necesaria concurrencia de los requisitos anteriormente citados (artículo 139).

En aplicación de la doctrina de esta Dirección General expuesta anteriormente la concurrencia de una causa de exclusión de las previstas en el artículo 139 de la Ley del Mercado de Valores debe expresarse en los estatutos sociales de forma expresa y determinada siempre que concurren aquellas circunstancias que el propio precepto exige para evitar la aplicación de la previsión general de sujeción a la Ley.

4. Por lo que se refiere a la actividad específica de asesoramiento, la ley reserva la actividad «asesoramiento en materia de inversión», a las empresas de inversión que sean sociedades de valores (con denominación igualmente reservada, artículo 144: S.V.), o agencias de valores (con denominación igualmente reservada, artículo 144: A.V.), o a sociedades gestoras de carteras (con denominación igualmente reservada, artículo 144: S.G.C.), o a empresas de asesoramiento financiero (con denominación igualmente reservada, artículo 144: E.A.F.).

La ley define el asesoramiento en materia de inversión de forma negativa al establecer en su artículo 140.1.g), que «no se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo dispuesto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. Asimismo, tampoco se

considerará recomendación personalizada las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público».

Consecuentemente para que una actividad social de asesoramiento en materia de inversión quede excluida de la aplicación de la ley será preciso que la previsión estatutaria lo refleje de modo expreso pues de lo contrario se aplicaría la regla general de reserva de actividad y de denominación con las graves consecuencias previstas en el artículo 144.5 de la Ley del Mercado de Valores: «El Registro Mercantil y los demás Registros públicos no inscribirán a aquellas entidades cuyo objeto social o cuya denominación resulten contrarios a lo dispuesto en esta ley. Cuando, no obstante, tales inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes Registros».

Las mismas consideraciones que en relación al asesoramiento en materia de inversión en general son de aplicación al supuesto de actividad auxiliar que la ley - artículo 141.c)-, contempla como: «El asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas».

Esta actividad auxiliar, como la principal, está reservada a sociedades de valores, a agencias de valores, a sociedades gestoras de carteras, o a empresas de asesoramiento financiero. En consecuencia, sólo estas formas empresariales pueden desenvolver dicha actividad por lo que cualquier otra sociedad tiene vetado incluir en su objeto social una actividad como la descrita.

5. En el presente caso es evidente que la actividad de asesoramiento financiero equivale a la asesoría en materia de inversión como resulta de la propia Ley del Mercado de Valores que define a las empresas de asesoramiento financiero en función de su actividad de asesoramiento en materia de inversión (artículo 143.5). Por ello, la calificación registral debe ser confirmada en este punto.

No obstante, dado que en la escritura se solicitó expresamente la inscripción parcial, el registrador debe acceder a ella, conforme artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, excluyendo la disposición relativa al asesoramiento financiero, pues no afecta a la esencia del negocio jurídico formalizado y las restantes actividades incluidas en el objeto social cuya inscripción se rechaza tienen autonomía en relación con la actividad rechazada.

6. La segunda objeción que el registrador opone a la inscripción solicitada se refiere al artículo de los estatutos sociales según el cual «el cargo de administrador es retribuido y consiste, no en una participación en los beneficios, sino en una cantidad fija que cada año establecerá la Junta General. El desempeño del cargo de administrador es compatible con el desempeño de otras tareas laborales para la entidad. En el caso de que las mencionadas tareas sean las labores de gerencia y dirección de la entidad, la remuneración por estas labores consistirá en una cantidad fija que cada año determinará la Junta General». A juicio del registrador, deberán condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que el administrador desarrolle como consecuencia de las mismas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

7. 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.

La conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores es lo que inspiró la consolidada doctrina del «tratamiento unitario» de las retribuciones percibidas por los administradores, acogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 y 18 y 25 de junio de 2013, según las cuales, para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de lo que dichas sentencias denominan «elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa», que -añade la última de ellas- ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria.

En la misma línea, esta Dirección General concluyó que el administrador remunerado no podía recibir ninguna otra retribución extraestatutaria por llevar a cabo la tarea de gestión y representación derivada de su nombramiento, por lo que «no sería inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos» (Resolución de 3 de abril de 2013). Indudablemente, tales doctrinas están condicionadas por el Derecho positivo entonces vigente, como lo reconocía la citada Resolución de este Centro Directivo de 3 de abril de 2013, al afirmar que la cuestión sobre la licitud de un mecanismo retributivo dual, estatutario y contractual, se planteaba «a falta entre nosotros de una normativa en Derecho positivo de sociedades como la francesa, en que se contempla la cuestión con algún detalle regulatorio (el artículo L.225-21-1; artículo L.225.22; artículos L.225-38 y ss. del Code Commerce)».

A tal efecto, no pueden ignorarse 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 aquélla para la mejora del gobierno corporativo.

Como expresa el apartado III del Preámbulo de dicha Ley modificadora, ésta tiene 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, «para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. El objetivo final de estos trabajos, tal y como indica el acuerdo, fue velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor». Añade que la citada Comisión presentó su informe el 14 de octubre de 2013 y «Sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones se ha elaborado esta norma». En tal informe (apartado 4.10.1 -«Normas aplicables a todas las sociedades de capital»-) la Comisión proponía «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, la Ley 31/2014, entre otras cuestiones referentes al gobierno corporativo, modificó la Ley de Sociedades de Capital en materia de retribución de administradores. Por una parte, dotó de nueva redacción a los artículos 217 a 219, incrementando su densidad preceptiva con mantenimiento de los principios caracterizadores del régimen anterior, singularmente la reserva estatutaria y la competencia de la junta general para la fijación de las cuantías, si bien, con relación a estos dos aspectos, introduce la precisión de que el mandato se refiere a los «administradores en su condición de tales». Por otra parte, dentro del mismo Título VI, pero en este caso en el Capítulo VI, dedicado al consejo de administración, se incluyeron dos apartados (3 y 4) en el artículo 249, de contenido hasta entonces inédito en este lugar, referentes a la retribución de consejeros ejecutivos; en ellos se prevé que, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesaria la celebración de un contrato previamente aprobado por el propio consejo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, que deberá ser incorporado como anejo al acta de la sesión, a la que el designado deberá abstenerse a asistir y votar, y se especifica que en tal contrato, que habrá de «ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general», deberán detallarse «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», de manera que «el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato». Y, dentro del Título XIV, atinente a las sociedades anónimas cotizadas, se añade una nueva Sección, la Tercera, relativa a las «Especialidades de la remuneración de los Consejeros» e integrada por los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies, donde expresamente se atribuye al consejo de administración la competencia para «fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general» (artículo 529 octodecies, apartado 2). Finalmente, esta última Sección ha sido recientemente modificada por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (no vigente aún en el momento de la calificación ni de la interposición del recurso).

La reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 fue interpretada por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la competencia del consejo de administración para fijar las retribuciones de los consejeros ejecutivos regía tanto para las sociedades cotizadas como para las no cotizadas, criterio del que también ha participado este Centro Directivo. Así, la Resolución de 30 de julio de 2015 declaró que el contrato era el lugar donde habrían de detallarse «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», aclarando que el «artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero esa política de retribuciones detallada, (...) no necesariamente debe constar en los estatutos», en la misma línea se pronunció la Resolución de 5 de noviembre de 2015. Con mayor detalle, la Resolución de 17 de junio de 2016 advierte que, conceptualmente, deben separarse dos supuestos, el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo; a partir de esta afirmación señala que «las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración», de manera que, cuando se opta por la fórmula compleja de administración colegiada (consejo de administración), «las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores)», mientras que «la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de “consejero” como tal», sino que tiene un carácter adicional «que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro», por lo que «la retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero».

Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dictó por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018, en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, respecto de las sociedades no cotizadas, que «la relación entre el art. 217 TRLSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSC no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige

por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRSLC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219», sino que la relación entre ellos es «de carácter acumulativo», de suerte que el régimen general será el contenido «en los arts. 217 a 219 TRSLC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos», mientras que el artículo 249 «contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al “marco estatutario” y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores», así como respetar también «los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRSLC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRSLC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales» (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que «la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria». Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos «supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía dentro del marco estatutario a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRSLC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRSLC», y que ese «ámbito de autonomía dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe 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».

Debe advertirse que la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad respecto de la

remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: «El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital». Por ello, esta Dirección General, en la Resolución de 31 de octubre de 2018 (cfr., también las Resoluciones de 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 y 4 de junio de 2020), consideró inscribibles otras cláusulas estatutarias que no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por ello, este Centro Directivo, con las anteriores aclaraciones, y en la línea de flexibilidad que en la interpretación de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital patrocina la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 y siguen las citadas Resoluciones, ha admitido que aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o sólo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. De este modo se compatibiliza la debida protección de los socios, por cuanto se fijan en estatutos los posibles conceptos retributivos y se aprueban en junta general el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, con la adaptación a las necesidades de la práctica por cuanto se atribuye al consejo de administración la competencia de elegir, caso por caso, entre los distintos conceptos retributivos previstos en los estatutos aquellos concretos que deben incluirse en el contrato al que se refiere el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, sin necesidad de modificación estatutaria alguna.

8. En el presente caso, la cláusula estatutaria debatida se refiere a los administradores que integren tanto un órgano de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), pues no se contempla la posibilidad de que el órgano de administración sea colegiado (consejo de administración).

Cabe recordar que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de junio de 2013 -recurso número 1469/2011-, afirmó que, según la jurisprudencia de la Sala Cuarta del mismo Tribunal «...“como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral...” [SSTS (4.ª) de 26 de diciembre de 2007 (recurso 1652/2006), 9 de diciembre de 2009 (recurso 1156/2009), 24 de mayo de 2011 (recurso 1427/2011) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011)]».

Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 10 de mayo de 2016, en definitiva, conceptualmente, deben separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

Y no sólo en el caso de órgano de administración colegiado, sino también en los supuestos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo -es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa- tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate; sin que

proceda decidir en este expediente sobre el posible margen existente para el contrato laboral de alta dirección, según la estructura del órgano de administración de que se trate).

Según las anteriores consideraciones -y como ya afirmara este Centro Directivo en la citada Resolución de 10 de mayo de 2016- se admite una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador -con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal- añada que se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo.

En el presente caso -en que el cargo de administrador es retribuido- la redacción de la cláusula estatutaria objeto de debate podría haber sido más clara. Pero, interpretada en su conjunto (vid. la Resolución de este Centro Directivo de 12 de mayo de 2014) y del modo más adecuado para que produzca efecto, debe entenderse que consta en los estatutos debidamente el sistema de retribución de los administradores por el ejercicio de las funciones inherentes a dicho cargo, de modo que únicamente existe falta de fijación estatutaria del sistema retributivo para esas «otras tareas laborales para la entidad» distintas del desempeño del cargo de administrador -con el que son compatibles, según la misma disposición estatutaria-. Así interpretada la cláusula debatida, debe entenderse que lo que se dispone es que la remuneración por las tareas que sean las labores de gerencia y dirección de la entidad, es la prevista en general para el cargo de administrador, es decir una cantidad fija que cada año determinará la junta general.

9. Por último, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el hecho de que se hayan inscrito cláusulas estatutarias y escrituras análogas en el Registro Mercantil de Madrid, debe recordar que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica (vid., por todas, Resoluciones de 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 5 y 11 de marzo y 10 de julio de 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 de septiembre de 2015, 2 de noviembre de 2016 y 4 de junio de 2020, entre muchas otras).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la calificación únicamente respecto del segundo de los defectos impugnados, y desestimarlos, con confirmación de la calificación, respecto del primer defecto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 25 de mayo de 2021.-La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.