

SOCIEDAD ANÓNIMA. LA RETRIBUCIÓN DEL CARGO DE ADMINISTRADOR

PATRICIA ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

Palabras clave: sociedades anónimas, retribución de administradores.

ENUNCIADO

Unos amigos deciden crear una sociedad anónima, y acuden a un despacho de abogados a fin de obtener asesoramiento sobre ciertas cuestiones atinentes a la retribución del cargo de administrador que se nombre.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Se plantea si los estatutos pueden establecer un artículo que disponga que el cargo de administrador sea gratuito o retribuido en función de determinadas circunstancias o de las previsiones de la junta general.
2. En caso de que los estatutos no señalen nada en relación a la retribución del cargo de administrador, ¿qué sucedería?
3. El hecho de que el cargo de administrador sea gratuito, ¿impide que perciba cantidades por otros conceptos, por ejemplo, por la prestación de servicios jurídicos a la sociedad? ¿Qué requisitos serían necesarios?
4. En caso de fijar el cargo de administrador como retribuido, ¿es preciso definir el sistema de retribución?

5. ¿Qué requisitos habrá que tener en cuenta para establecer como sistema de retribución a los administradores el denominado «participación en beneficios»?

SOLUCIÓN

1. Sin perjuicio de que una interpretación de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) parece permitir dicha previsión (los estatutos fijarán el sistema de retribución, si la tuvieren), atendiendo a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) podemos concluir que dicha previsión no es posible, obligando a que los estatutos fijen claramente la posibilidad de la retribución y rechazando de forma sistemática cuantas cláusulas produzcan indeterminación acerca de si los administradores estarán o no retribuidos.

Así, la Resolución de la Dirección de 18 de febrero de 1991 estableció la negativa a inscribir una cláusula del siguiente tenor: la **remuneración** del administrador, en su caso, será **fijada por la junta general**, pudiendo consistir bien en una cantidad fija o en una participación en los beneficios... La dirección rechazó la inscripción de la mencionada cláusula por considerar que no se cumplen las exigencias legales cuando el carácter gratuito o retribuido del cargo queda a la libre voluntad de la junta general. Con argumento impecable señala que si la junta decide si el cargo es gratuito o retribuido no se cumple la necesaria previsión estatutaria al respecto. También establece que... «TERCERO. El tercero de los defectos de la nota impugnada invoca indefinición en la existencia o no de retribución para los administradores y falta de fijación del sistema retributivo si efectivamente la tuvieren. La cláusula en cuestión dispone: la remuneración de los administradores en su caso, será fijada por la junta general, pudiendo consistir, bien en una cantidad fija o en una participación en los beneficios, con las limitaciones que al efecto establece la ley, y sin que en este último caso la participación pueda exceder del 10 por 100 de los beneficios sociales. El defecto debe ser confirmado en su totalidad. Por una parte, la frase inicial «en su caso» produce, efectivamente, indeterminación acerca de si los administradores estarán o no retribuidos, pues su sentido lógico y colocación lleva a entender que la retribución queda condicionada a alguna circunstancia; sin embargo, no se especifica cuál es «ese caso», en que habrá derecho a ella. No cabe estimar la alegación del recurrente de que esa expresión no pretende condicionar la existencia, sino únicamente trata de aclarar que cuando la retribución consista en una participación en beneficios solo tendrá lugar si los mismos existen. Si tal hubiera sido la finalidad perseguida con esa expresión, es evidente que no se han satisfecho las exigencias de claridad y precisión inherentes a la trascendencia de las normas estatutarias y a la reducción de los instrumentos públicos, máxime si se tiene en cuenta que aquella aclaración, por obvia, resulta innecesaria. Por otra parte, dicha cláusula no satisface las exigencias legales al respecto: los artículos 9.º H) *in fine* y 130 del TRLSA son categóricos y no dejan lugar a dudas: Cuando se prevea retribución para los administradores, los estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la entidad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios –actuales y futuros– han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar –sea este simple o combinado–, de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria; no es suficiente la mera previsión estatutaria

de varios sistemas alternativos, dejando al arbitrio de la junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento».

2. A falta de determinación estatutaria, nuestra legislación presume el carácter gratuito del cargo.

Así lo establece expresamente el artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL):

- «1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución.»

En cuanto a las sociedades anónimas, dicha presunción se extrae de manera tácita, del contenido del artículo 9.º de la LSA, al no incluir, entre las previsiones obligatorias estatutarias, la retribución del cargo. Y, en igual sentido, el artículo 124.5 del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone:

«Cuando se trate de una sociedad anónima europea, en los estatutos se hará constar el sistema de administración, monista o dual, por el que se opta. Si se opta por el sistema de administración monista, serán de aplicación las reglas de este artículo. Si se opta por el sistema de administración dual, se hará constar en los estatutos la estructura del órgano de dirección, así como el plazo de duración en el cargo. En su caso, se hará constar también el número máximo y mínimo de los componentes del consejo de dirección y del consejo de control, así como las reglas para la determinación de su número concreto.»

3. La respuesta es negativa, puesto que la prestación de servicios jurídicos a la sociedad no corresponderían a su cargo de administrador, sino a su condición profesional o relación laboral por lo que no se ve afectada por el carácter gratuito del cargo.

Así lo establece la propia LSRL (art. 67: «El establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general»).

La DGRN establece en su Resolución de 19 de febrero de 1998 lo siguiente: «Se ha de examinar, finalmente, el último párrafo de la misma regla de los estatutos cuya inscripción también se rechaza. Dentro de su confusa formulación parece pretender regular –así cabe deducirlo del inciso «en su caso»– la retribución de los administradores cuando estos integren un consejo de administración, por más que su párrafo primero ya se refiera indistintamente a la retribución del administrador o consejeros. Se establece para tal supuesto que la retribución de cada uno de los miembros del consejo, incluido el o los consejeros delegados, consistirá en un porcentaje de la que como sueldo corresponda al consejero delegado. Aun cuando en principio cupiera entender que en este caso se respeta el principio legal de la soberanía de la junta a la hora de fijar la retribución, pues los estatutos no

cuantifican el importe del sueldo que ha de servir de módulo para el cálculo y nada obsta a que se establezcan retribuciones distintas para unos u otros administradores, late en el fondo la impresión de que la retribución de los representantes orgánicos se pretende entremezclar con la que tenga su origen en otro tipo de relación con la sociedad. Así cabe deducirlo de la referencia a un «sueldo». **Son dos cuestiones independientes aun cuando con frecuencia puedan aparecer unidas o añadidas: la retribución de los administradores como órgano social con la que a las mismas personas pueda corresponder por razón de otro tipo de relación jurídica con la sociedad, por lo general de prestación de servicios o de obra. La primera requiere previsión estatutaria con la importante limitación de que cuando no consista en una participación en beneficios compete a la junta general en exclusiva el fijar su importe para cada ejercicio, en tanto que la segunda se enmarca dentro del ámbito de la libre contratación, sin más límites que los impuestos por el artículo 67 de la ley al exigir acuerdo de la misma junta para establecer o modificar la relación de la que derive. El hecho de que la cuantía de la retribución en el segundo caso, como parte del contrato de que forme parte, requiera acuerdo de la junta, no puede significar que vincule al mismo órgano social a la hora de fijar la primera, pues la causa de cada una de ellas es diferente, de suerte que puede existir la una sin la otra y la extinción de cualquiera de ellas no tiene por qué llevar necesariamente a la extinción de la otra. Aquella libertad de la junta tampoco puede limitarse estatutariamente, como parece alegar la recurrente, a pretexto de exigencias del régimen de cotización a la Seguridad Social o pretendidas imposiciones de la legislación laboral, donde, por cierto, ambas aparecen diferenciadas, la orgánica para excluirla de su ámbito de aplicación [art. 1.º 3 c) ET] y la de tipo contractual para sujetarla a su régimen, aunque, con las peculiaridades que en el caso de implicar el desempeño de funciones de alta dirección, calificada de especial [art. 2.º 1 a) del mismo estatuto] resultan del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto».**

El Tribunal Supremo ha ido más allá, y en su Sentencia de 16 de diciembre de 1991, limita, pues, la posibilidad de vincular a la empresa con administradores mediante contratos laborales a los supuestos en que se realizan trabajos en régimen de dependencia no calificables como alta dirección:

«La cuestión de la determinación de la naturaleza jurídica de una relación en que concurra la doble condición de miembro de los órganos de administración y la de ejercicio de los poderes inherentes a la titularidad de la empresa, ha sido abordada por esta Sala en sus Sentencias de 29 de septiembre de 1988 y 21 de enero y 18 de junio de 1991, que sientan la doctrina, que debe aquí reiterarse, de que "la relación de colaboración en una determinada sociedad mercantil tiene en principio este exclusivo carácter en los casos de desempeño simultáneo de actividades de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa de la que aquella es titular", pues al no existir en nuestro derecho distinción entre los cometidos inherentes a miembros de los órganos de administración de las sociedades y los poderes inherentes a la titularidad de la empresa que son propios del trabajo de alta dirección, se infiere "que no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo lo que determina la naturaleza de la relación", puntualizando la sentencia antes citada en último lugar que "si existe una integración orgánica de la persona que desempeña el trabajo de dirección en el consejo de administración social, cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, la relación no será laboral sino mercantil; lo que, visto desde otro ángulo, implica como regla general que solo en los casos de realización de trabajos en régimen de dependencia no calificables como alta dirección... cabe admitir el desarrollo simultáneo de cargos de administración

de la sociedad y de una relación de carácter laboral". 3. Esta doctrina ha sido también compartida por la Sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1991 que llega a la conclusión de ser de naturaleza mercantil la relación existente entre la misma empresa "Elosúa SA" y don Juan Manuel E.R., hermano del aquí demandante, que actuó como apoderado-director general a la vez que como consejero primero y vicepresidente del consejo después, de la citada sociedad, con una trayectoria en los orígenes de esta empresa, en su evolución y en su salida de la misma, similar a la del aquí demandante.»

En cuanto a los requisitos, si bien para las **sociedades de responsabilidad limitada**, el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán el acuerdo de la junta general, tal y como dispone su artículo 67 antes transcrito, para las **sociedades anónimas**, no existe tal previsión; sin embargo, la doctrina ha entendido que si el contrato entre la sociedad y el administrador pudiera suponer autocontratación o revelara un conflicto de intereses, el mencionado acuerdo requeriría igualmente la previa autorización del mandante, en este caso de la junta general.

4. El artículo 9.º de la LSA dispone:

«La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren.»

Es decir, los estatutos deberán hacer constar, además del carácter retribuido del cargo, el sistema de retribución.

El problema vendrá planteado por los límites impuestos por el registrador calificador a la hora de inscribir en el registro el conjunto de normas o determinaciones estatutarias que fijen el sistema de retribución.

5. El artículo 130 de la LSA establece lo siguiente:

«La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser detráida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

La retribución consistente en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones, deberá preverse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. Dicho acuerdo expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución.»

Por tanto, la ley prevé expresamente la retribución a los administradores mediante participación en beneficios.

La doctrina jurisprudencial establece que, cuando se emplea este sistema, debe constar en los estatutos con toda certeza la medida de tal participación, en definitiva, el tanto por ciento en que se cifra.

Así lo establece la DGRN, en su Resolución de 11 de diciembre de 1995:

«En cuanto al último tema debatido, es doctrina de esta Dirección General que cuando la retribución de los administradores consiste en una participación en las ganancias, la medida de tal participación —es decir, el tanto por ciento en que se cifra— debe constar en los estatutos con toda certeza, y debe ser también claramente determinable su base, pudiendo o no señalarse un límite máximo de percepción. Esta solución —que ha sido expresamente acogida en el art. 66.2 nueva LSRL—, se encuentra implícita en la exigencia legal de que la retribución de los administradores deba «ser fijada en los estatutos» (art. 130 LSA, aplicable en virtud de la remisión que efectuaba el art. 11 anterior LSRL), pues, en otro caso, quedaría incompleto el sistema de garantías establecido en la ley y la fijación, sobre su propia variabilidad, podría redundar tanto en perjuicio de los accionistas —en especial los minoritarios— como de los propios administradores, si los emolumentos de estos o los beneficios repartibles entre aquellos pudieran verse reducidos por voluntad de la junta sin necesidad de la previa reforma de los estatutos.»

La LSA no fija ningún límite a la cuantía del porcentaje, pero sí exige que la participación solo pueda detraerse de los beneficios líquidos después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan reconocido.

Sin embargo, y a pesar de solo establecer la ley dichos requisitos y limitaciones, la doctrina ha fijado una corriente mucho más restrictiva, denegando los registradores la inscripción de dichos sistemas de retribución cuando queden abiertos a ajustes.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 2/1995 (LSRL), arts. 66 y 67.
- RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), art. 124.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 9.º y 130.
- STS de 16 de diciembre de 1991.
- RDGRN de 18 de febrero de 1991, 11 de diciembre de 1995 y 19 de febrero de 1998.