



JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO
Magistrado

ENUNCIADO

Por virtud de la correspondiente escritura pública se elevaron a públicos determinados acuerdos adoptados en una Junta extraordinaria y universal de una Sociedad Anónima, por virtud de los cuales se modificaban los Estatutos sociales estableciendo el carácter remunerado del cargo de Administrador en los siguientes términos: «Dicha remuneración consistirá en una asignación fija anual que será determinada cada año por la Junta General de accionistas de la sociedad para el ejercicio en el curso del cual se adopta, sin que en ningún caso el importe de dicha retribución pueda exceder del 5 por 100 de la cifra de negocios del ejercicio inmediatamente precedente, calculada ésta conforme a lo que establece el artículo 191 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). La distribución entre los Administradores de la asignación establecida por Junta corresponderá al Consejo de Administración de la sociedad. La distribución de la remuneración entre los Consejeros podrá ser distinta para cada uno de ellos».

Estableciendo al efecto el citado artículo 191 que «El importe neto de la cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el Impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios», el Registrador Mercantil competente deniega la inscripción de la referida cláusula sobre remuneraciones de los Administradores de la sociedad al estimar, en su calificación denegatoria, que las retribuciones de los Administradores han de estar establecidas en los Estatutos sin que pueda dejarse al arbitrio de la Junta.

Ante dicha calificación denegatoria, en el aspecto de las retribuciones de los Administradores ya referido, el Letrado asesor legal de la Sociedad Anónima referida se plantea qué solución pueda ser la más adecuada a los intereses de la entidad por él asesorada y defendida.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Existe la posibilidad de que sea la Junta la que fije anualmente el importe exacto o determinado de la retribución que corresponda a los Administradores de una Sociedad Anónima?

2. ¿Resultarán recomendables otras fórmulas estatutarias alternativas para evitar una inicial denegación de la inscripción de las reglas estatutarias establecidas por la Junta con la finalidad de fijar la retribución de los Administradores?
3. ¿Es libre o está limitado el importe de la retribución que puede fijarse a favor de los Administradores de una Sociedad Anónima?
4. ¿Resulta o no recomendable acudir a la vía jurisdiccional posterior a la decisión definitiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)?

SOLUCIÓN

1. La regla contenida en el artículo 9.º, letra h), en relación con el 130 de la LSA establece la obligatoriedad de hacer constar en los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la Sociedad, entre otros extremos que ahora no vienen al caso, el sistema de retribución de los Administradores de la misma, si la tuvieren. Por su parte, cuando la establecida retribución de los Administradores consista en una participación en las ganancias sociales, el pago sólo podrá efectuárseles con detracción de los beneficios líquidos después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria así como de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% o el tipo más alto que hayan establecido los referidos Estatutos.

Lo cierto es que, pudiendo establecerse un sistema de retribución simple o de fijación de cantidad determinada, con la ineludible necesidad en ese caso de modificaciones estatutarias cada vez que se altere o aumente el importe de la retribución, resulta perfectamente posible, asimismo, la fijación o el establecimiento de un sistema retributivo de los Administradores de carácter combinado, no simple como el anteriormente mencionado. Como se desprende de los referidos preceptos, ambos sistemas retributivos tienen la finalidad de un mejor y más amplio conocimiento posible por los accionistas de la importancia, significado y alcance de los derechos económicos o retribución de los Administradores así como de su repercusión con la finalidad de establecer los beneficios sociales distribuibles.

Ello significa, conforme al criterio reiterado de la DGRN, que no son admisibles, y por lo tanto no deben establecerse así en los Estatutos, las disposiciones estatutarias que no establezcan con claridad dicha exigencia por remitir a la Junta la referida decisión de fijación de retribución en cuanto a su propia existencia o en cuanto atañe a la modalidad del establecimiento del mismo sistema retributivo a fijar y a su importe o cuantía y repercusión económica. Así lo exige la normativa contenida en los referidos artículos de la LSA y en el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil a cuyo tenor «En todo caso, se indicará el número de administradores o, al menos, el máximo y el mínimo de éstos, así como el plazo de duración de su cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren. Salvo disposición contraria de los estatutos la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos».

Con arreglo a dichas circunstancias y en atención a lo acordado por la Junta en cuestión en el caso planteado, ha de concluirse que los extremos exigidos legal y reglamentariamente fueron objeto de una precisa determinación sin que, como estimó erróneamente el Registrador Mercantil en su

calificación registral, sea lícito y procedente exigir la fijación de la cuantía concreta y exacta de la retribución establecida a favor de los Administradores de la sociedad, al no exigirse así por las citadas disposiciones y, además, resultaría incompatible con la misma naturaleza permanente de los Estatutos sociales en relación con circunstancias tan cambiantes en la vida social y económica de la entidad en cuestión como lo son las referidas a la citada cuantía retributiva o salarial.

2. No obstante considerarse perfectamente correcta y ajustada a la legalidad societaria y registral vigente la fórmula utilizada en el caso propuesto, la doctrina y la práctica han reconocido la procedencia de otras fórmulas estatutarias libremente elegidas por los socios.

Se ha venido así a establecer la posibilidad, en primer lugar, de fijar la regla estatutaria de las retribuciones partiendo de que resulta posible establecer en los Estatutos de la sociedad que la retribución consistirá en una participación en las ganancias, siempre que sea posible determinar su base de cálculo, no siendo necesario que se establezca un límite máximo de percepción, y partiendo de una cantidad fija de retribución. Así, se ha estimado perfectamente válida e inscribible en el Registro Mercantil, modificándose en este sentido los Estatutos anteriores, una cláusula de retribuciones del siguiente tenor: «El cargo de Administrador es retribuido. La remuneración será fijada por la Junta general, consistiendo en una cantidad fija más una participación en los beneficios, con las limitaciones que al efecto establece la Ley y sin que la suma de ambas magnitudes pueda sobrepasar los límites establecidos en el artículo 130 de la LSA». También se ha estimado, por el contrario, que no es válido el establecimiento de las retribuciones de los Administradores con la siguiente fórmula: «el cargo de consejero es gratuito, sin perjuicio de los sueldos que en cada caso la junta pueda acordar en función y a la vista de los resultados del ejercicio social». Ello es así por la indeterminación y ambigüedad clara de la misma y su falta evidente de ajuste a las exigencias y prescripciones legales sobre las retribuciones de los Administradores, de tal manera que la ilegalidad de la misma procede de la circunstancia consistente en que no resulta ajustada a derecho la cláusula en la que, ante el silencio estatutario sobre la retribución, pueda la Junta acordarla en previsión, asimismo, estatutaria, siendo obligatorio el establecimiento de una previsión estatutaria atinente al sistema de fijación de la retribución de los Administradores, cuando se quiera que éstos la tengan.

En la misma línea de ilegalidad, no resulta posible la inscripción de cláusula estatutaria en la que se establece discrecionalmente, como atribución de la Junta General, la fijación de distintos mecanismos indeterminados para establecer la retribución de los Administradores. No resultará así posible una cláusula del siguiente tenor: «los administradores percibirán como retribución la cantidad que la Junta general acuerde por su asistencia a las reuniones de la misma, sin perjuicio de la remuneración que con vengan por la prestación de trabajos a la sociedad. Además de estas retribuciones con cargo a los gastos generales, la Junta general podrá acordar con efecto para el ejercicio siguiente que los administradores reciban una participación en los beneficios líquidos, una vez cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse acordado la distribución a los accionistas de un dividendo de al menos el 4% del capital desembolsado; cuya participación no podrá exceder, respecto de los beneficios líquidos, del 10%». Tal previsión adolece del establecimiento de varios mecanismos de retribución, siendo algunos indeterminados de forma absoluta al permitir múltiples combinaciones, de tal manera que se atribuye a la Junta la decisión de la existencia de retribución así como su propio contenido.

3. En cuanto a la circunstancia del importe o relevancia de las retribuciones válidamente establecidas para los Administradores de una Sociedad Anónima, sin perjuicio de haberse hecho ya referencia al tema en otro supuesto planteado con anterioridad, no viene de más recordar que ha venido siendo una cuestión no exenta de polémica la referida a si resulta o no posible el control e impugnación de la fijación de la cuantía concreta de las retribuciones o del sistema de fijación de las mismas.

Ha de indicarse al respecto que, fundando la impugnación en cuestión en lo establecido al respecto en los artículos 115.1 de la LSA y 7.º 2 del Código Civil (CC) –referidos a la impugnación de actos contrarios al interés de la sociedad y al abuso de derecho– resultará posible fundar una impugnación respecto del acuerdo de la Junta que fije la retribución de los Administradores al estimarlo inadecuado, excesivo o contrario al interés social. Como es sabido, en la Junta ha de hacerse constar la expresa oposición al acuerdo respectivo, de conformidad con lo dispuesto sobre el particular en el artículo 117.2 de la LSA, siendo muy conveniente la presencia de Notario levantando Acta a tal respecto.

Una vez ya en sede de la correspondiente valoración del acuerdo adoptado, la pregunta que, necesariamente, ha de hacerse consiste en determinar si, con arreglo a lo pretendido, la concreta fijación de la retribución fija del Administrador en la cifra concreta que sea ha de reputarse acuerdo social que lesiona, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad así como si ha de reputarse de abusivo en contemplación de lo establecido al respecto en el artículo 7.º 2 del CC el acuerdo repetido, en atención a su intención, a su objeto o circunstancias en las que se adoptó, y si sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho (el referido en el art. 130 LSA), con daño derivado para tercero (la sociedad). Siendo ya, de por sí, dato relevante el consistente en la casi ausencia de precedentes jurisprudenciales sobre supuestos de impugnación referidos a las retribuciones de los Administradores así como a la fijación de retribuciones fijas a los Administradores o al Administrador Único designado legalmente, si puede mencionarse al respecto que la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) ha tenido la oportunidad de manifestar que debían entenderse como acuerdos anulables los siguientes: el acuerdo de ampliación del plazo de duración de los administradores en el cargo y de elevación de la retribución de los mismos del 2,5 al 33% de los beneficios sociales (Sentencia de 1 de julio de 1963) y el acuerdo de atribuir al socio Presidente del Consejo de Administración una retribución anual superior a los beneficios (Sentencia de 17 de mayo de 1979).

Respecto del posible abuso de derecho apreciable en el acuerdo de la junta referido a las retribuciones de los Administradores, la Sala Primera del TS también ha tenido oportunidad de señalar en su Sentencia del 19 de febrero de 1991 que «La doctrina científica y jurisprudencial exige, para la viabilidad de esta impugnación, los siguientes requisitos: 1. Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2. Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios. En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una "institución-corporación", en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.) y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común, el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social. Ahora bien, este daño o lesión no es necesario que efectivamente se haya producido, para deducir la pretensión impug-

natoria, la doctrina de esta Sala tiene declarado "que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra, para poder ejercitar la acción" (Sentencias de 2 de julio de 1963, 11 de mayo de 1968 y 11 de noviembre de 1980). El requisito del beneficio de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta, debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio (Sentencias de 23 de junio de 1962, 4 de marzo de 1967, 11 de mayo de 1968 y 22 de noviembre de 1970)». Difícilmente será, pues, apreciable la existencia de abuso de derecho en la fijación de una retribución de los Administradores, salvo el caso de que sea notablemente desorbitada.

4. Las decisiones de la DGRN, decidiendo los recursos frente a las calificaciones de los Registradores Mercantiles, una vez sustanciado el recurso gubernativo en la vía de los arts. 66 al 76 del Reglamento del Registro Mercantil, son susceptibles de impugnación judicial mediante la interposición de la correspondiente demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia de la capital de la provincia del lugar en el que radique el Registro Mercantil en el plazo de los dos meses siguientes a su notificación, tramitándose dicha demanda en la vía del juicio verbal, de conformidad con lo establecido sobre dicho particular en la Disposición Adicional 24.ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los arts. 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Ello significa que, una vez sustanciada la denominada vía gubernativa contra la calificación efectuada por el Registrador Mercantil competente, resulta perfectamente posible la ulterior impugnación de dicha Resolución de la DGRN en la vía jurisdiccional definitiva al significar la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva referida en el art. 24 de nuestra Constitución y, por ello mismo, se ha introducido dicha posibilidad de impugnación judicial aplicable a las calificaciones definitivas de los Registradores Mercantiles.

No obstante, dada la posible duración e indeterminación de la decisión judicial definitiva a alcanzar por la inexistente jurisprudencia consolidada sobre estas materias, no se aconseja el acudir a la citada vía judicial por dos órdenes de razones diferentes, a saber, por dicha actual falta de doctrina jurisprudencial ya reiterada y la consiguiente inseguridad jurídica derivada existente en este momento, y, además, por la previsible duración del procedimiento judicial que, al menos, retardará un año la decisión definitiva con los consiguientes perjuicios societarios, económicos y del tráfico jurídico de la entidad correspondiente. Se recomienda, pues, atenerse a las recomendaciones y definiciones antes expuestas en cuanto a la redacción de la retribución de los Administradores, siendo aconsejable el recurso judicial solamente en el caso extremo de que el interés societario lo recomiende ante una decisión de la DGRN gravemente lesiva para los intereses de la sociedad en cuestión.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 1 de julio de 1963 y 17 de mayo de 1979.
- SSAP de Madrid (Secc. 11.ª) de 28 de marzo de 2000.
- RDGRN de 26 de julio y 4 de octubre de 1991, 17 de febrero de 1992, 6 de mayo de 1997 y de 19 de marzo de 2001.