

LA RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES

La retribución de los administradores en una sociedad mercantil ha generado desde siempre muchas controversias y dificultades en determinar su naturaleza y alcance, en atención a los preceptos normativos que le son de aplicables, con dificultad acentuada por los sucesivos cambios normativos (el último por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) y jurisprudenciales (sentencia del TS de 26/2/2018 RJ 98/2018), que han alterado de manera notable su configuración, según analizaremos. Nos hemos referido ya a esta cuestión desde hace tiempo desde nuestro despacho.

Una especial dificultad se suscita cuando de forma simultánea en una sociedad mercantil los cargos de alta dirección o gerencia y la vez funciones como miembro del consejo de administración, pues en atención a la reciente sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, **el vínculo laboral es absorbido por el vínculo mercantil, lo que determina la calificación de la totalidad la relación como mercantil**, pues no debe atenderse al contenido de las funciones que se realizan, sino a la naturaleza del vínculo que determina la naturaleza de la relación, por lo que se produce una integración orgánica en el ámbito de la administración social, cuyas facultades se ejercen directamente o mediante delegación interna, y así la relación no es laboral sino mercantil. 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.

Ahora vamos a comentar la configuración de la normativa aplicable para la retribución de los administradores, según se contiene en los artículos 217 a 219 de Ley de sociedades de capital, de acuerdo con los elementos configuradores:

1. Presunción de gratuidad, pues sólo si los estatutos establecen el carácter remunerado de los administradores será posible esta retribución.
2. Los estatutos deberán determinar el concepto o conceptos retributivos, que podrán consistir en una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable, remuneración en acciones, indemnizaciones por cese, planes de pensiones, u otros.
3. La junta general establecerá el importe máximo anual y eventualmente su distribución entre los administradores, y en su defecto su distribución la hará el propio órgano de administración.
4. La remuneración deberá ser proporcional y razonable con la importancia de la sociedad, lo que introduce la posibilidad de una retribución desigual entre los administradores, siempre que

sea razonada, a la vez que atienda a la situación económica de la sociedad y los estándares de mercado de empresas comparables.

5. Los conceptos retributivos del consejero delegado deberán reflejarse en un contrato específico para las funciones ejecutivas que le sean delegadas, que a la vez deberán ser conformes con la política de retribuciones aprobada por la junta general. (Art. 249 LSC)

Así pues, el sistema retributivo de los administradores se estructurará en tres niveles, que son de aplicación de manera indistinta tanto a las funciones inherentes de los administradores (deliberativas y de control), como a las tareas ejecutivas:

a) Regulación estatutaria estableciendo el sistema y los conceptos retributivos a percibir por los administradores para todas sus funciones, propias y ejecutivas.

b) Acuerdo de la junta general del importe máximo de la retribución por todos los conceptos, que incluirá todo tipo de retribuciones ordinarias (retribuciones variables, en especie) como importes extraordinarios (indemnizaciones por cese,...).

c) El acuerdo del consejo de administración para el reparto de la retribución entre los administradores, si no lo ha hecho previamente la junta general, así como el preceptivo contrato para los consejeros ejecutivos (aprobado por 2/3 del consejo, y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación).

Debe tenerse en cuenta que en la sociedad limitada el porcentaje máximo de participación en los beneficios en ningún caso podrá ser superior al 1% de los beneficios repartibles entre los socios, y en las sociedades anónimas la participación en beneficios solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

La dificultad interpretativa, resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, se encuentra en el párrafo 3 del artículo 217 de la Ley de sociedades de capital, en relación con el alcance de la expresión de la retribución de los administradores “en su condición de tales”, según dice textualmente el precepto normativo “3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación...”. Debe pues determinarse si la mención a la condición de administrador incluye las funciones ejecutivas, como establece el Tribunal Supremo, en detrimento de la interpretación mayoritaria hasta la fecha que establecía la doctrina del doble vínculo, separando las funciones ejecutivas de las deliberativas, y en consecuencia la regulación sobre la retribución alcanzaba únicamente las funciones ordinarias o deliberativas, y no ejecutivas, que tenían su propia regulación específica y separada en el artículo 249 de la Ley de sociedades de capital, interpretación rechazada por la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo no es posible diferenciar dos regímenes retributivos alternativos, ya sea por las funciones inherentes al cargo para el que ha sido designado, de naturaleza deliberativa o de control, o por las funciones de naturaleza ejecutiva. Una de las consecuencias de este pronunciamiento impide una práctica habitual que consiste en que mediante un contrato laboral de alta dirección se obtiene una retribución al margen de los estatutos, así como un régimen laboral, habitualmente con una importante retribución e indemnización por cese, cuando el régimen estatutario establece una relación orgánica que se rige por las normas mercantiles, las cuales permiten a la junta general cesarle en cualquier momento sin motivo alguno y sin derecho a indemnización. **Como consecuencia de la absorción de la relación mercantil sobre la laboral, el orden jurisdiccional competente para conocer los conflictos entre al administrador-directivo y la sociedad es el orden civil-mercantil.**

La sentencia del Tribunal Supremo tiene su origen precisamente en la impugnación al rechazo del registrador mercantil de Barcelona a la inscripción de una cláusula estatutaria de retribución de los administradores, por entender que no puede retribuirse a un consejero por sus funciones ejecutivas, si conforme a los estatutos el cargo de administrador es gratuito. El juzgado de lo mercantil confirmó el rechazo, si bien la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la calificación registral por entender que la retribución del consejero ejecutivo no tiene necesariamente que constar en los estatutos, declarando finalmente el Tribunal Supremo ajustada a derecho la calificación registral negativa, revocando en consecuencia la sentencia de la Audiencia Provincial.

Según esta sentencia del Tribunal Supremo, la interpretación del régimen legal de la remuneración de los administradores sociales sostenida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes denominada Dirección General del Registro y del Notariado) supone, como la propia sentencia reconoce, comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de las funciones y potestades de la junta general.

Así el Tribunal Supremo apuesta por un concepto omnicompreensivo en la regulación de la retribución de los administradores, en el sentido que el artículo 249 no es una “lex specialis” para retribución de las funciones ejecutivas, sino que las mismas quedan englobadas dentro de la regulación general de los artículos 217 y siguientes que hemos analizados anteriormente, y por lo tanto sujeta a los requisitos generales, sin más distinción en su tratamiento que las especialidades de la necesaria celebración de un contrato a tal efecto. Así la retribución de las funciones ejecutivas de los administradores deberá ser conformes a la disposición estatutaria al efecto, encontrarse incluidas dentro del máximo legal establecido por la junta general y atendiendo el

reparto determinado por el consejo de administración, según los tres niveles de regulación que hemos analizado.

Este ha sido igualmente el criterio adoptado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo (resoluciones de 31/10/2018 i 8/11/2018), a la vez que suaviza el rigor en orden a la publicidad estatutaria de la retribución de los administradores, y de manera específica respecto a las funciones ejecutivas, en la medida que se permite que sea el contrato el que concrete cuáles son los conceptos retributivos que se aplican a los consejeros ejecutivos de entre los que establecen los estatutos.

Las consideraciones precedentes podrían hacernos concluir la imposibilidad de regular de manera diferenciada la retribución de las funciones ordinarias de los administradores, de aquellas que realizan con carácter ejecutivo. Antes el contrario. Diversas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la más reciente de 4/6/2020) ha admitido la regulación estatutaria de la retribución de los administradores con carácter diferenciado para ambas funciones, estableciendo, por ejemplo, el carácter gratuito de las funciones ordinarias, y retribuidas las funciones ejecutivas. Reproducimos a continuación la cláusula prevista al efecto:

(...) El cargo de consejero, por sus funciones deliberativas, será gratuito.

Los consejeros que tengan atribuidas funciones ejecutivas tendrán derecho a percibir una retribución por la prestación de dichas funciones, que será determinada por el Consejo de Administración ajustándose a la política de remuneración de los Consejeros, y que se incluirá en un contrato que se celebrará entre el consejero y la Sociedad, que deberá contener todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas.

La remuneración de los consejeros ejecutivos podrá consistir en: una retribución fija, sistemas de previsión social, planes de ahorro, retribución en especie (utilización de vivienda habitual, de vehículo, suscripción de seguros), indemnizaciones por cese conforme a las causas previstas en sus contratos y pactos de exclusividad, de no competencia post-contractual o de permanencia. Se compensará asimismo a todos los Consejeros ejecutivos por los gastos de viaje, desplazamiento y otros necesarios para el desempeño de sus funciones.

La previsión legal de que la retribución de los administradores requiera de una regulación estatutaria, le confiere una categoría de elemento estructural de la sociedad y de esta manera sujeta al mismo régimen de garantías que cualquier otra disposición estatutaria, con el preceptivo acuerdo de los socios, el control de legalidad (a cargo del notario y del registrador) en el momento de formalización de la escritura pública y su inscripción, así como su publicidad a través del

Registro Mercantil. Así prevalece el principio de autonomía de la voluntad, si bien expresada mediante los cauces adecuados, con lo son los estatutos sociales.

Parece igualmente recomendable introducir en la disposición estatutaria la posibilidad de una retribución desigual de los administradores, en atención a la regulación del Reglamento del Registro Mercantil, que en sus artículos 124.3 (para sociedades anónimas) y 185.4 (para sociedades limitadas), determinan que “salvo disposición contraria de los estatutos la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos”.

En orden a los mismos principios, en las sociedades limitadas el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relación de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general.

En atención a los principios reguladores de la retribución de los administradores, según hemos expuesto, aconsejamos verificar los tres niveles preceptivos para su correcta determinación, según se han expuesto anteriormente, con el objeto de comprobar que la retribución que se satisface se ajusta a los mismos:

1. Que los estatutos sociales expresen el carácter retribuido de los administradores, estableciendo su estructura o mecanismos, sin que sea posible una remisión absoluta a la junta general, si bien no necesariamente debe reflejar su cuantía.
2. Que el acuerdo de la junta general que establece el importe máximo anual por todos los conceptos retributivos, comprendiendo tanto los ordinarios como para las funciones ejecutivas, se corresponde con aquellos que efectivamente perciben los administradores.
3. La existencia de un contrato para todos los consejeros delegados o ejecutivos, en el sentido que disponen de un contrato aprobado por el consejo de administración por 2/3 de sus miembros sin participación del consejero afectado, y que sus retribuciones se engloban en el importe máximo anual aprobado por la junta general.

La retribución de los administradores de la sociedad requiere de la adecuada regulación y formalización, con el objeto de evitar responsabilidades, así como contingencias en el ámbito fiscal. **No duden en contactar con nosotros. Será un placer ayudar.**