

CRITERIOS JUDICIALES SOBRE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES SOCIALES

Pedro-José Vela Torres
Magistrado de la Audiencia Provincial de Córdoba
Especialista en Mercantil

A) JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A RETRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

La primera cuestión que surge al abordar un estudio sistemático sobre los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la retribución de los administradores sociales es la referente a la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los litigios a que da lugar esta materia.

Esta cuestión no sólo es importante desde un punto de vista instrumental, dada la trascendencia que tiene la correcta determinación de la jurisdicción competente, sino que también lo es desde una perspectiva material, puesto que afecta a la concepción que se tenga sobre la naturaleza jurídica (mercantil o laboral) de la retribución de los administradores.

El problema se acentúa porque son muchos los casos en que al nombramiento como administrador social (relación orgánica de carácter mercantil), se le añade o superpone un contrato de trabajo, bien común, bien de alta dirección (relación laboral).

En principio, la legislación laboral parece distinguir nítidamente ambos perfiles¹; y así, el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de aplicación *“la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”*. Mientras que *“a sensu contrario”*, el artículo 2.1 a) del mismo Estatuto considera relación laboral de carácter especial la del personal de alta dirección no incluido en el anterior precepto. A su vez, esta referencia al personal alto directivo nos lleva al artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, que considera como tales *“a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas*

¹ RIBELLES ARELLANO y GIMÉNEZ RAMÓN: “Naturaleza de la relación jurídica entre el administrador social y la sociedad”; en “El órgano de administración de la sociedad”. En prensa.

emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Interpretando estos preceptos legales, la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo viene admitiendo como perfectamente compatible la relación laboral y la relación societaria, de modo tal que el nombramiento como administrador social o la pertenencia a un órgano de administración no se concibe como un impedimento para el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, ya que se entiende que ambas actividades pueden ejercerse simultáneamente (Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992, 14 de junio de 1994 y 20 de octubre de 1998).

Desde la perspectiva de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para que se reconozca a un administrador social el carácter de trabajador por cuenta ajena, se requiere la presencia de dos notas distintivas: la dependencia y la ajeneidad; entendiéndose que se da esta última cuando el administrador societario no es titular del 50% del capital social. En concreto, dicha Sala, desde su Sentencia del Pleno de 29 de enero de 1997, y en otras varias posteriores (la última, de 20 de noviembre de 2003), al tratar el encuadramiento de los administradores societarios o consejeros ejecutivos, que trabajan por cuenta de una sociedad por acciones, con participación accionarial inferior al 50% y que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efectos sus acuerdos y poniendo, en practica en la vida de la empresa los objetivos societarios, viene declarando que la calificación de su trabajo como por cuenta ajena derivada de que su participación en la propiedad de la persona jurídica, cuyo gobierno le está encomendado no alcanzaba la mayoría de acciones situándose la línea divisoria de participación en el capital social en el 50%, por tanto si el administrador no alcanza el 50% de las acciones prevalecen en su trabajo el rango de la ajeneidad.

También se ha planteado la jurisdicción social el problema del encuadramiento de los administradores sociales en la seguridad social. Así, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, interpretando el artículo 97.2.k) de la Ley General de Seguridad Social, en relación con Administradores societarios que trabajan por cuenta de una sociedad de capital, entiende que su encuadramiento en el Régimen General es procedente, pero con la particularidad de que esa afiliación les es permitida no como trabajadores, sino como “asimilados a trabajadores por cuenta ajena” cual indica el citado precepto. Lo que significa que la regla es que ese encuadramiento ha de hacerse a tiempo completo, puesto que en esta relación de naturaleza mercantil no es posible aceptar la contratación a tiempo parcial por no serles de aplicación el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, ni es concebible que un Administrador lo sea en principio a tiempo parcial dadas las complejas actividades que encierra tal género de actividad. Esta regla es la que viene recogida con carácter general en las Sentencias de 1 de julio de 2002, 19 de febrero, 18 de marzo y 3 de junio de 2003, cuyos argumentos se concretan en los siguientes:

A) El artículo 97-2 K de la Ley de la Seguridad Social, establece que estarán incluidos obligatoriamente en el Régimen General de la Seguridad Social, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los Consejeros y Administradores

de Sociedades Mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigente séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de una sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores de la misma.

B) La calificación del trabajo del administrador como por cuenta ajena deriva de que su participación en la propiedad de la persona jurídica, cuyo gobierno le está encomendado, no alcance la mayoría de acciones, situándose la línea divisoria de participación en el capital social en el 50%, por tanto si el administrador no alcanza el 50% de las acciones prevalecen en su trabajo el rango de la ajeneidad.

C) La asimilación de los Administradores Societarios a trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal, al solo efecto de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social. Como regla general, la aplicación de normas laborales y por tanto del Estatuto de los Trabajadores, están excluidos para regular la relación del Administrador con la empresa, dada la naturaleza mercantil de la relación, regida por lo dispuesto en la legislación societaria

Por el contrario, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo tiende a prescindir de la existencia de los contratos de alta dirección, centrándose exclusivamente en la naturaleza mercantil de la relación del consejero con la sociedad (sobre todo a efectos de no reconocer pactos abusivos o indemnizaciones exorbitantes). Así, la Sentencia de la Sala 1ª de 21 de abril de 2005 declara que *“la existencia de relación laboral de carácter especial no viene determinada por el hecho de las funciones desempeñadas, sino por la naturaleza del vínculo que lo une con la sociedad, de tal manera que la relación será ajena al ámbito del derecho del trabajo en todos aquellos supuestos en que el desempeño de las tareas responda a ostentar la condición de administrador o consejero delegado del Consejo de Administración, en tanto será laboral cuando la actividad venga desempeñada por un tercero, y ello porque en el supuesto de ostentar la condición de administrador de la sociedad, la relación entre éste y la sociedad es de carácter interno”*. Y añade, *“No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta <algo más>. Pero, aún existiendo <algo más>, para llegar a una actividad laboral se requiere ajeneidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles”*.

Es decir, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera con carácter general que la administración de una sociedad excluye la ajeneidad a la misma, máxime cuando las funciones de administración absorben a las de gerencia, de manera tal que las funciones mercantiles absorberían a las puramente laborales. Ahora bien, si la prueba practicada acredita la existencia efectiva de una relación laboral de alta dirección y que las retribuciones se perciben por la

actividad como gerente, la propia Sala 1ª reconoce que en ese caso el conocimiento de la materia corresponde a la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de conformidad con lo establecido en los artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (Sentencia de la Sala Primera de 27 de marzo de 2003).

Así mismo, la Sala 1ª suele cuestionar las indemnizaciones pactadas en virtud de un contrato de alta dirección si las mismas no están previstas en los estatutos, por lo que considera que tales pactos son radicalmente nulos, dado el carácter imperativo del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (Sentencias de 30 de diciembre de 1992 y 21 de abril de 2005). Resulta muy ilustrativa la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2007, que establece la siguiente doctrina: *“Las facultades del consejo de administración en orden a señalar retribuciones a los administradores-gerentes no pueden alcanzar al otorgamiento de un contrato de imposible aplicación a éstos; ni el consejo de administración ni el consejero delegado en su propio beneficio pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala; la retribución de los administradores ha de constar en los estatutos con certeza y no ser contraria a lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, debiendo precisar los estatutos el concreto sistema retributivo; y en fin, la retribución de los administradores fijada en los estatutos no puede modificarse por el consejo de administración, pues para hacerlo es necesario modificar los estatutos en junta general, tal y como, a la postre, acabó haciéndose por la sociedad demandada para los ejercicios posteriores al de las cuentas impugnadas”*.

Abunda en este criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2007, al decir: *“En definitiva, el recurso adolece de un erróneo planteamiento de base, advertido sobre todo en la parte de su alegato relativa al último de esos preceptos, que consiste en concebir al “mero consejero” como una figura puramente decorativa o simbólica, carente de actividad significativa alguna y por ello no merecedor de retribución, de tal modo que en cuanto un administrador ejerciera cualquier actividad real para la sociedad estaría desempeñando un trabajo por cuenta ajena merecedor de retribución distinta de la prevista en los estatutos para los administradores y añadida a la misma, tesis tanto más errónea cuanto que, además, en el caso de que se trata los sueldos y salarios incluidos en las cuentas anuales pero no previstos en los estatutos se habían percibido por los dos administradores solidarios de la sociedad, esto es, por quienes legalmente tenían como funciones inherentes a sus cargos la gestión y representación de la sociedad”*.

Ahora bien, el que según la jurisprudencia civil la relación que vincula al administrador con la sociedad no sea laboral (así de rotundamente lo determinan las Sentencias de la Sala 1ª de 27 de enero de 1992 o 6 de febrero de 1997), no quiere decir necesariamente que suponga una relación de servicios de carácter civil (arrendamiento de servicios o similar), ya que ni concurre el requisito del precio cierto, ni la tarea de administración supone un

plus de actividad que deba ser compensada económicamente (Sentencia de la misma Sala de 30 de noviembre de 1987).

La jurisprudencia opta entonces, quizás de una manera menos clara de lo que sería deseable, por considerar la relación entre el administrador y la sociedad como un “tertium genus”: una relación mercantil, peculiar y sui generis, dentro de las relaciones societarias (en el ámbito de la denominada jurisprudencia menor, emplea esta definición, resumiendo un amplio abanico de resoluciones de las Salas 1º y 4ª del Tribunal Supremo en la materia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de mayo de 1997).

B) CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS LEGALES SOBRE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES SOCIALES.

Por lo demás, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la retribución de los administradores sociales adquieren gran importancia desde el momento en que nuestra legislación es extremadamente parca en la materia (artículos 130 de la Ley de Sociedades Anónima, 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil); escasez normativa que también es completada por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (desde la múltiples veces citada Resolución de 29 de noviembre de 1956).

En primer lugar, declara la jurisprudencia que las normas relativas a la retribución de los administradores no son dispositivas, sino imperativas o de “ius cogens”, por lo que únicamente cabe hacer previsiones estatutarias al respecto en aquellos aspectos en que la legislación se remite expresamente a los estatutos; y en igual sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 24 de noviembre de 1981 y 6 de mayo de 1997).

Así mismo, desde antiguo (Sentencias de 1 de julio de 1963 y 17 de mayo de 1979) y como ha quedado dicho con anterioridad al tratar el tema de la compatibilidad entre el desempeño del cargo de administrador y la relación laboral, el Tribunal Supremo intenta poner límite a los excesos que puedan cometer los socios mayoritarios, abusando de su predominio en la junta general, atribuyéndose en exclusiva los puestos directivos y atribuyéndose elevadas retribuciones.

Respecto a las menciones estatutarias relativas a la retribución, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha establecido los siguientes parámetros:

- a) El carácter retribuido del cargo ha de constar expresamente en los estatutos (Resolución de 18 de septiembre de 1999).
- b) También debe constar de forma expresa, clara y precisa, en qué consiste el concreto sistema de retribución; con posibilidad de su fijación alternativa, no acumulativa (Resolución de 19 de febrero de 1998); y siempre que no quede al arbitrio de la junta general la decisión del sistema a aplicar (Resolución de 21 de noviembre de 1999).

- c) La Resolución de 12 de noviembre de 2003 precisa que “es evidente que si se establece [en los estatutos] que el ejercicio del cargo de administrador tendrá una concreta modalidad de retribución, no con carácter facultativo sino incondicional, ha de entenderse que está estableciendo conjuntamente su condición de retribuido y su forma de retribución”.

Como resalta Sanjuán Muñoz², el régimen de aprobación de la retribución ha de sujetarse a acuerdo de la junta general, pues aunque el derecho de la misma provenga de los estatutos, es la única forma de comprobar el cumplimiento de los mismos en relación con las reservas, los beneficios, u otros requisitos de aplicación (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001: “*Resulta incuestionable que el derecho a la retribución de los administradores no nace del acuerdo de la Junta, sino de los Estatutos, y que dicho órgano social debe respetar las normas estatutarias, pero ello no empece a la necesidad de aquella aprobación, tanto por la perspectiva de la existencia y cuantía de los beneficios como por la necesidad de controlar las cautelas que exige la ley en orden a que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes*”; y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002).

De ahí que, en la mayoría de las ocasiones, el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la retribución de los administradores en vía de impugnación de acuerdos sociales de la junta general sobre aprobación de las cuentas anuales y aplicación del resultado. Para justificar esta postura, la Sentencia de la Sala 1ª de 15 de junio de 2006 argumenta lo siguiente: “...*Hay que destacar que la declaración contable no es una declaración de voluntad, sino de conocimiento o de verdad, que se refiere a un negocio, a un acto o a un hecho, que por sí misma no obliga aunque puede tener valor como negocio de fijación, y está siempre sometida a libre apreciación por los tribunales (artículo 31 del Código de Comercio). Pero de ello no se infiere ni que el acuerdo de aprobación se refiera estrictamente a la exactitud del reflejo contable, que por otra parte es muchas veces opinable y se rige por reglas y principios técnicos que admiten tratamientos diversos, ni menos que, al examinar el ajuste contable, no quepa entrar en análisis de fondo, al menos en la medida en que se exija ello para adoptar una u otra solución entre las posibles para el adecuado reflejo o plasmación del dato, llegando a la operación de fondo, si es que lo permiten la naturaleza del negocio, del acto o del hecho, y la constitución de la relación de litis-contestatio como ocurre en casos como los que resolvieron las Sentencias de esta Sala de 1 de julio de 1996, 14 de octubre y 13 de noviembre de 2000, 5 de febrero de 2002, 7 de enero de 2003, 23 de enero de 2004, entre otras. Y habría que subrayar, además, que no cabría proyectar mecánicamente esta misma posición sobre el acuerdo relativo a la aplicación del resultado, pues el acuerdo que en este punto recaiga, si bien tiene por base los datos contables, y está fuertemente condicionado por ellos, implica una voluntad de atribución que desborda ampliamente el ámbito de una mera declaración de ciencia o de fijación de los hechos*”.

² SANJUÁN MUÑOZ, E.: “La retribución de los administradores de las sociedades”. En “Los órganos de las sociedades de capital”. Capítulo IX. En prensa.

En este mismo orden de cosas, resulta muy clarificadora la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de abril de 2006, que declara que, conforme a la normativa aplicable (artículos 9.h y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil) la determinación estatutaria de la retribución exige no sólo que se precise de manera clara e inequívoca su existencia, sino también el sistema adoptado. Así como no son válidas las cláusulas que dejan a la Junta la decisión sobre la remuneración de los administradores, por la incertidumbre que generan para los interesados, sí que lo son aquellas que una vez optado por un sistema, en este caso "una asignación fija al año", remiten a la Junta General para que cada año la determine, marcando eso sí un límite máximo -el 5% de la cifra de negocios del ejercicio inmediatamente precedente-. Por lo tanto, no es necesario que los Estatutos establezcan la cuantía de la retribución, bastando que señalen su naturaleza y las normas para su determinación, correspondiendo ésta a la Junta General que, eso sí, deberá celebrarse con anterioridad al comienzo del devengo de la retribución.

Añadiendo dicha resolución de la Audiencia de Barcelona: "Es por esto último por lo que la reforma del artículo 28 de los Estatutos es contraria al artículo 130 TRLSA, pues prevé que sea la Junta General la que fije la cuantía de la retribución de los administradores "para el ejercicio en el cual se adopta". Ello no resulta admisible, pues si se opta por una retribución determinada, al margen de la participación en beneficios, cabe que sea fijada cada año por la Junta, pero antes de que comience el ejercicio económico en que se devengue la retribución, por razones de seguridad jurídica, pues de otro modo, tal y como queda redactado el artículo 28 de los Estatutos, la Junta podría fijar la retribución en cualquier momento, incluso al final del ejercicio, lo que genera una situación que debe evitarse: por una parte, la consiguiente incertidumbre de los administradores que desarrollaran su trabajo sin conocer el importe de su retribución -aunque hoy por hoy no se da en atención a que los administradores poseen el 66'66% de las acciones de la sociedad-; y, por otra, propiciar el fraude de ley que supone fijar la retribución en atención a los resultados, encubriendo una participación en las ganancias pero sin sujetarse a las exigencias del artículo 130 TRLSA. El riesgo es evidente en casos como el presente en que existen sólo tres accionistas y los dos mayoritarios son los administradores, pues la fijación de la retribución a final del ejercicio económico, en función de los resultados, podría suponer una forma discriminada de reparto de beneficios, entre los dos accionistas mayoritarios que son a su vez administradores excluyendo al tercero, lo que constituye un fraude de Ley, porque se eludirían los límites y las exigencias del artículo 130 TRLSA. En consecuencia, procede declarar la nulidad de este acuerdo".

En cuanto a la publicidad de las retribuciones, a tenor de los artículos 200.9 y 201 de la Ley de Sociedades Anónimas (necesidad de constancia en la memoria del importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de

primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección”), se aprecia un criterio distinto en la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo. Mientras que la Dirección General exige que todos estos datos consten de forma expresa y completa en la memoria (Resolución de 8 de julio de 1995), el Tribunal Supremo entiende que si tales menciones no constan expresamente en la memoria, cabe suplir tal omisión con la información aportada en la junta general de aprobación de las cuentas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2005 y 10 de febrero de 2006).

En el caso concreto de la sociedad de responsabilidad limitada y partiendo del tenor literal del artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Dirección General de los Registros y de Notariado insiste en que ha de partirse de la regla general de gratuidad del cargo, si bien la misma tiene carácter dispositivo, al admitirse que los estatutos puedan establecer lo contrario determinando el sistema de retribución (Resoluciones de 15 de octubre de 1998, 18 de septiembre de 1999 y 15 de abril de 2000).

C) SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN

En la jurisprudencia menor, la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de enero de 2003, hace una completa recensión y sistematización de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y establece los siguientes criterios respecto de los sistemas retributivos de los administradores sociales:

“...La compaginación del legítimo interés de los socios y las expectativas económicas de los propios administradores impone la necesaria previsión estatutaria, tanto de la posibilidad misma de retribución de éstos, como, en su caso, del concreto sistema retributivo que se prevea - sea éste simple o combinado -, a fin de que los accionistas puedan formarse una idea precisa de la significación de los derechos económicos de los administradores y de su repercusión a la hora de la fijación de los beneficios sociales distribuibles. Ello impone el rechazo de todas aquellas previsiones estatutarias en las que claramente se eluda aquella exigencia por remitir a la propia Junta toda decisión, no sólo sobre la efectiva existencia de retribución, sino también sobre su modalidad o sistema y alcance económico, de modo que se difumine la definición estatutaria de los derechos de socio que la Ley presupone -arts. 9.h) y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil -”. Lo que sucede en el supuesto examinado es que dichos extremos son objeto de una precisa determinación, en el acuerdo impugnado, sin que pueda exigirse mayor concreción, y se ajusta a los principios reguladores de la retribución de los Administradores- que la medida de retribución de los Administradores que consista en una participación en las ganancias, es decir, el tanto por ciento en que se cifra, debe constar en los Estatutos con toda certeza, y ser también claramente determinable su base, pudiendo o no señalarse límite máximo de percepción.

En otro caso, la inseguridad de la fijación, sobre su propia variabilidad, podría redundar en perjuicio de los Administradores -que podrían ver reducidos sus

emolumentos, no ya por disminución de las ganancias, causa lógica dentro del sistema de participación en ellas, sino por voluntad de la Junta y sin necesidad de una reforma previa de los Estatutos- como de los propios accionistas - y especialmente de los minoritarios, cuya participación podría eventualmente verse afectada por la decisión de la mayoría de atribuir una participación elevada a los Administradores -; además de que las cautelas que introduce la ley, al exigir que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes, como se hace en el acuerdo impugnado, cuya redacción en este extremo, es idéntica al artículo 130 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas .

Como nos enseña la STS de 19 de febrero de 2001, el reconocimiento del derecho de retribución de los administradores por participación variable en los beneficios exige como presupuestos que se cubran las reservas legal y estatutaria (ésta si la hubiere), así como los dividendos previstos en los estatutos, cuya determinación tiene carácter anual, -la participación ha de provenir de los beneficios líquidos anuales, fijados y aprobados por la Junta General de la Sociedad-, sin que quepa acumular los beneficios de un año a otros para determinar la existencia de la ganancia.

Finalmente, se exige por la D.G.R.N. 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; requisitos que también cumple el acuerdo impugnado.

La remuneración tiene que estar señalada en los Estatutos, sin que pueda dejarse al arbitrio de la Junta, como exigen los arts. 9 y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, y cumple el artículo de los Estatutos impugnado, de suerte que cuando se prevea retribución para los Administradores, como aquí sucede, los Estatutos -en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones, y en garantía de los legítimos intereses de los socios y de los propios Administradores- han de precisar el concreto sistema retributivo, de modo que su alteración exigirá la oportuna modificación estatutaria, no siendo suficiente, como hemos dicho, una previsión que dejara al arbitrio de la Junta cuál será el contenido de la retribución, Ciertamente, el art. 48.2 a) L.S.A. reconoce al accionista, entre otros derechos, el de participar en el reparto de las ganancias sociales, pero el nuevo art. 31 bis de los Estatutos que se impugna, no infringe dicho derecho, porque reconoce el derecho de los actores a percibir un dividendo del 4% anual, en línea con lo establecido en el art. 130 L.S.A., que si bien es cierto, es inferior al 10% que contemplaba la anterior redacción de los Estatutos, no por ello es ilegal, ni infringe el derechos de los accionistas, porque se encuentra dentro del límite legal.

Tampoco se infringe el art. 215.1 porque la distribución de dividendos a los accionistas se realiza en proporción al capital que hayan desembolsado. En definitiva, como bien se dice por la parte apelante y se reconoce en la propia sentencia de instancia, referido acuerdo fijando el régimen retributivo de los administradores, no infringe los preceptos invocados en la demanda, ni por ende se pueden reputar nulos por contrarios a la Ley”.

a) Retribución fija:

Según la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando se establece en los estatutos una retribución fija (que equipara a un sueldo) la misma queda fijada de forma independiente de las circunstancias de la sociedad y de los resultados económicos del ejercicio concreto en que haya de abonarse³ (Resolución de 17 de febrero de 1992). En relación con esta especie de “salario” es cuando suelen presentarse las controversias sobre la naturaleza jurídica de la retribución y la consideración del cargo de administrador como un contrato de alta dirección (vide la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005).

b) Participación en beneficios:

El reconocimiento del derecho de retribución de los administradores por participación variable en los beneficios exige como presupuestos que: a) se cubran las reservas legal y estatutaria; b) los dividendos previstos en los estatutos, cuya determinación tiene carácter anual; y c) que la participación provenga de beneficios líquidos anuales, fijados y aprobados por la junta general, sin que quepa acumular los beneficios de una anualidad a otras para determinar la existencia de la ganancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001).

³ SANJUÁN MUÑOZ, E.: Obra citada.