

COMPATIBILIDAD DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO
Magistrado

Palabras clave: sociedad limitada, retribución de administradores.

ENUNCIADO

Un socio integrante de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que tiene una participación de un 15 por 100 del total del capital social de la misma, considera que resulta contrario a derecho que el administrador único de dicha mercantil perciba una doble retribución en razón de ser cargo de alta dirección y de otra prevista en los Estatutos sociales. Tal situación ha tenido lugar durante muchos años sin protesta alguna del socio citado en primer lugar.

Se considera que, ante la imposibilidad de llegar amistosamente a un acuerdo para poner fin a la situación conocida, se ha de formular una reclamación judicial tendente a poner fin a una situación como la expuesta, formulando dictamen en tal sentido el bufete de abogados consultado a tal fin, estimando oportuna la impugnación del acuerdo de la Junta General fijando la expuesta retribución en las condiciones antedichas.

Entre las diversas cuestiones que suscita la reclamación judicial a plantear, destacan las referidas a la posibilidad de compatibilidad jurídica de la retribución percibida con el carácter gratuito del cargo de administrador único de la sociedad, la repercusión del hecho de haberse tolerado dicha situación durante años y cuál sea la vía para que dicha dualidad sea posible en algún caso.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Cuál es la norma general establecida legalmente sobre la compatibilidad de retribuciones contractual y estatutaria de un administrador social?

2. ¿Debe ser igual la respuesta en el caso de haberse tolerado, sin protesta alguna, dicha situación durante muchos años por el que luego resulta ser el demandante?
3. ¿Existe doctrina jurisprudencial que admita en algún caso la dualidad de retribuciones referida en razón del contrato y de lo previsto en los Estatutos sociales para los administradores sociales, aun de forma excepcional?

SOLUCIÓN

1. La primera cuestión trata de dilucidar cuál es la posición del Ordenamiento Jurídico societario en orden a la posible compatibilidad mencionada, debiendo indicarse que, en sede de sociedades anónimas, el artículo 130 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 dispone que: «La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser detraída 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 su parte, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995 de 23 de marzo, dispone en su artículo 66 que «1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución. 2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios. 3. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General».

Centramos la cuestión, pues el caso así lo plantea, en la posición de la ley en orden a la posible fijación de una retribución al administrador único de la sociedad de responsabilidad limitada, de forma directa o indirecta, como personal de alta dirección de la misma en atención al legalmente establecido carácter gratuito del mismo. Dado el mandato referido, y combinando los dos preceptos citados antes, se ha venido señalando que la posición de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo al respecto, recientemente manifestada confirmando la anterior, es que no resulta posible que la retribución del administrador social se sustraiga a la transparencia exigida por los dos preceptos citados anteriormente de las respectivas leyes societarias, sin que, con tal finalidad ilegal, se pueda crear un título contractual o formalizar un contrato de servicios de alta dirección con retribución específica sin que sea posible deslindar esa prestación de servicios onerosa por la alta dirección de la prestación debida a la sociedad por el mismo administrador en el normal funcionamiento de la relación societaria.

Así pues, la impugnación de la decisión de establecer la referida retribución, dado el tenor de los preceptos que la regulan y la específica mención al carácter gratuito de la función propia de administrador de una sociedad de responsabilidad limitada, salvo previsión estatutaria expresada en contrario, hace imposible el simultáneo establecimiento de una retribución por el desempeño de cargo de alta dirección en la sociedad y así se ha sostenido contundentemente, y en principio, por la doctrina jurisprudencial mayoritaria. Se dice así que «la mayoría de los socios pueden acordar en cualquier momento la remuneración adecuada a dicho cargo, siendo indiferente que ello no se haga en el momento constitutivo y si en época ulterior, si se entiende que las circunstancias han variado en relación con el estadio previo y justifican dicha medida. Pero es igualmente debido reseñar que la junta de socios debe ejercer un importante control sobre la determinación de su cuantía o modo de señalamiento, y, así se demuestra en ciertos supuestos, como por ejemplo en aquellos en que el administrador pueda desempeñar además una cierta actividad profesional laboral para la sociedad, respecto de los cuales el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de enero, 29 de abril y 18 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, 6 de junio de 1996 y 14 de abril de 1997, todas ellas de la Sala 4.^a, así como en las dictadas por la misma Sala en recursos de unificación de doctrina, con fecha 11 de marzo de 1994 y 16 de junio de 1998, ha señalado que no cabe admitir la existencia de una relación laboral entre un administrador y la Sociedad cuando el objeto de esta comprende las funciones de dirección, gestión y representación que son propias de los cometidos de aquel, ya que faltaría el régimen de dependencia que caracteriza a toda relación laboral. Y además, de igual modo debe ser invocada, en lo que pueda resultar de aplicación al caso, lo que se razonó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2005, posteriormente citada en la de 12 de enero de 2007, atinente al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección al decir que "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"».

Y que como ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 21 de abril de 2005: «No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta "algo más". Pero, aun existiendo "algo más", para llegar a una actividad laboral se requiere ajenidad. 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 equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía, sobre todo si es de pequeñas dimensiones como la que nos ocupa. Esas actuaciones comportan la realización de cometidos inherentes a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el "desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad", tal como expresaba la jurisdicción laboral. Las sociedades mercantiles necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa, y como se indica en la doctrina, los "órganos sociales son personas físicas o pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad desarrollando las actividades jurídicas nece-

sarias para la consecución de los fines sociales", como personas jurídicas que son necesitan órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos o negocios de relación con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para cuya constitución fue constituida. En el caso concreto se articularon en el artículo 15 de los Estatutos de la sociedad demandada, atribuyendo al señor Gustavo, que era administrador, un cúmulo de facultades, que no eran sino las propias del órgano de administración, y por ello le pagaban un sueldo, que no un salario. Es claro, pues, que esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia mercantil y son inherentes a su condición de persona jurídica que al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte integrante "orgánica" de la sociedad. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002 aborda el supuesto de "el régimen retributivo que en los mismos estatutos se establece para aquellos miembros del Consejo de Administración que ejercen a la vez funciones ejecutivas de carácter permanente en la empresa, sea en virtud de una relación laboral o mercantil. No se trata pues de la retribución de los consejeros en su condición de tales, como administradores sociales, cuestión que prevista en la misma norma de los estatutos no ha planteado problemas en orden a su inscripción, sino la especial a percibir en función de otras actividades o servicios prestados a la sociedad o, si se quiere, en virtud de una relación jurídica de distinta naturaleza que la societaria". Añade: "Es cierto que la práctica societaria suele en este terreno discurrir al margen de toda previsión estatutaria, calificando esas relaciones como laborales especiales, de 'alta dirección', pero ello no significa que sea un problema necesariamente extraestatutario. De una parte, no puede olvidarse la reiterada jurisprudencia de lo social del Tribunal Supremo que ha sentado la doctrina de la compatibilidad de la relación laboral con la mercantil de quien es titular del órgano de administración siempre y cuando la actividad desarrollada como consecuencia del vínculo laboral sea distinta de la actividad propia de la administración social, en tanto que esta, aun cuando se califique como de 'alta dirección', queda englobada en la relación mercantil; y de otra, si ya en teoría resulta difícil fijar la línea fronteriza entre uno y otro tipo de actividad, en la práctica se tomará imposible en muchas ocasiones apreciar esa diversificación funcional. Siendo así, la absorción de las funciones directivas por la relación societaria determinará que su retribución haya de sujetarse a las exigencias de esta. No resulta por ello extraño, y así lo reconoce el recurrente, que un sector doctrinal se incline por incluir en el ámbito de aplicación del citado artículo 130 de la ley toda retribución fija que los administradores hayan de percibir, además de cómo tales, en virtud de una relación jurídica de alta dirección con la sociedad, ni se ven razones para que, dada la finalidad tuitiva de los intereses de los accionistas que tienen las limitaciones retributivas basadas en una participación en los beneficios, no les sean también aplicables". Concluimos en el sentido de que "si la pretensión del actor se ubica netamente en el ámbito societario, es más, mantiene una enconada postura contra el resto de los socios y la sociedad de la que formaba parte y que le ha expulsado, parece razonable entender que nos hallamos en el seno natural del derecho societario, y por ende competencia del Juzgado de lo Mercantil, por más que el actor no haya citado normas societarias en su demanda (se trata de una cuestión de orden público) o su contrato no figure por escrito, y no figura porque actuaba la delegación de facultades propias del órgano de administración de la que él mismo formaba parte, como de la propia sociedad. Que tuviera derecho a una remuneración o no, cuál sea su cuantía y los motivos de expulsión es algo que habrá de examinarse desde la perspectiva del derecho societario porque no puede desvincularse su posición de socio administrador respecto de la pretensión ejercitada. El señor Gustavo había ostentado el cargo de vicepresidente y director general, el señor Cle-

mente lo ostentó de 'administrador único', con las más amplias facultades que se recogían en el artículo 15 de los Estatutos, facultades que de hecho eran totales, pudiendo realizar todo tipo de actos sin limitación alguna, como un administrador –que también lo fue de la segunda empresa en Talleres Motorgasa S.L.– y que en palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña de 2 de junio de 2004 'se encuentra en la empresa en una situación privilegiada, sin recibir mandato alguno de otras altas esferas, con plenos poderes inherentes a la estructura empresarial y societaria', o en la del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005 (Sala Civil) a concluir que 'el demandante, por voluntad propia al firmar el contrato, consintió su integración en el órgano de dirección y de representación de la sociedad, por lo que ha de aplicarse necesariamente la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no puede quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales. Y no puede alcanzar eficacia por la indeterminada remisión que en el presente caso se hace al consejo de administración en los estatutos de la sociedad demandada' y lleva a esta Sala, como también a aquella, a considerar que el vínculo que une al actor con las empresas es netamente mercantil y debe tramitarse su pretensión ante este Juzgado especializado, lo cual no excluye que pueda 'echarse mano' (permítasenos la expresión) del tronco del Derecho privado, que es el Derecho Civil para resolverlo pero que no influye en el órgano que ha de resultar competente para resolverlo"».

2. Interesa destacar, en orden a esta segunda cuestión planteada, que, con la descrita conducta del socio que formula la demanda de impugnación, en realidad, la sociedad demandada estaría planteando una cuestión derivada de la denominada doctrina de los actos propios, doctrina ya muy consolidada en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Además de lo que se acaba de indicar, hay que recordar que, sobre todo si se trata de sociedades con pocos socios, en las que es fácil conocer la actividad de los otros y los acuerdos sociales aprobados con anterioridad, la actividad de los administradores y la existencia del percibo de cantidades por actuaciones de gerencia no se puede sino concluir que con tales antecedentes la mencionada conducta merece ser calificada como apta para generar fundadamente en el otro u otros socios la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podía seguir percibiendo la remuneración por haber sido admitida por quien era titular de la otra porción de las participaciones sociales. Es decir, que, además de que la sociedad estaba de acuerdo al estarlo todos los integrantes de la junta general, los otros socios no le iban a reclamar devoluciones. Ante ello, y para rechazar como prosperable la demanda presentada, el comportamiento descrito, aceptando durante varios ejercicios dicha situación, sin protesta y aprobando las retribuciones referidas, que ha de ser conceptualizado como significativo, prolongado y contradictorio con la pretensión deducida en la demanda, convierte a la misma en improsperable en aplicación de la regla o principio general de la buena fe como límite del ejercicio de los derechos. A tal conclusión se llega así en razón de la expuesta conducta o comportamiento del socio demandante, reproducido durante varios ejercicios sociales, al haber generado una confianza en el administrador sobre la regularidad de la percepción del sueldo y sin que haya de acudir, para llegar a la expuesta conclusión, a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 133.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la de Responsabilidad Limitada en cuanto a la posible o presumible eficacia exoneradora de los acuerdos sociales aprobatorios de las cuentas sociales de los diversos ejercicios ya pasados en los que se incluía la retribución ahora puesta en cuestión por la demanda presentada.

3. Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de retribución, una contractual y otro estatutario (aparte de la aplicación al caso de la conducta de los actos propios ya referida, y cuando no se trate de tal caso), la doctrina jurisprudencial exige, como excepción a la regla general prohibitiva de dicha duplicidad, la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.

Explicitando la existencia de dicho requisito o presencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por causa contractual y estatutaria, se debe indicar que la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 y 66 de la Ley 2/1995, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria. Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las Sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa. La Sentencia de 24 de abril de 2007 precisó que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que «admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el artículo 130, mediante el rodeo propio del *fraus legis*». Lo mismo declaró la Sentencia de 31 de octubre de 2007, con el argumento de que, «de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos». Esa doctrina, favorable al tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, 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 –incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad– y responde, además, a los términos del artículo 1.º 3 c) del Estatuto de los Trabajadores –RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo–, que excluye de su ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo. Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, como es el caso, la referida doctrina no es contraria a los términos del artículo 67 de la Ley 2/1995, que considera bastante el acuerdo de la junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre sociedad y administrador, ya que dicho precepto ha de ser interpretado en relación con los antes indicados.

La conclusión derivada no puede ser sino la de entender que, de no concurrir la aplicación de la doctrina de los actos propios en el particular supuesto analizado, en relación con el artículo 69 de la Ley 2/1995, aun aduciéndose el argumento de que no causó daño a la sociedad por haber percibido la retribución como contraprestación por los servicios a ella prestados efectivamente, habría prosperado la demanda por la resultante de que la actividad retribuida como laboral especial fuera la

misma debida por el administrador, sin derecho a ser remunerado. De manera que el daño causado a la sociedad fue, justamente, la retribución obtenida sin causa.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 2/1995 (LSRL), arts. 66, 67 y 69.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 130 y 133.3.
- RDLeg. 1/1995 (TRLET), art. 1.º 3 c).
- SSTS, Sala 1.ª, de 5 de marzo de 2004, 21 de abril de 2005, 24 de abril y 31 de octubre de 2007 y 29 de mayo de 2008.
- SSAP de Zaragoza, Secc. 5.ª, de 7 de noviembre de 2007, y de Pontevedra, Secc. 1.ª, de 12 de noviembre de 2007.
- RDGRN de 12 de abril de 2002.