

RETRIBUCION Y ENCUADRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR MERCANTIL

En los últimos tiempos y tras darse una creciente importancia a las dualidades funcionales que se dan en los órganos de administración de las sociedades mercantiles que asesoramos en nuestros despachos, el área laboral del GE pretende exponer de forma clara y concisa, cómo actuar de forma correcta ante las situaciones de pluralidad funcional de los administradores mercantiles, así como su encuadramiento en Seguridad Social.

ADMINISTRADOR MERCANTIL (AM):

Para poder entender los distintos supuestos que se dan en este estudio, nuestro punto de partida será clarificar la figura del administrador mercantil (AM).

El AM es aquella persona que representa legalmente a la sociedad mercantil y tiene atribuidas funciones inherentes al mismo cargo, como son la gestión y representación, entendiendo esta como la función de administrar los bienes sociales, organizar internamente el establecimiento y la empresa social (gestión interna) y luego realizar la actividad o el giro social (gestión externa). Para el desempeño de todas estas funciones deben celebrar negocios jurídicos que relacionarán a la sociedad con terceros, para lo cual se agrega la figura del representante, que a su vez ostenta el AM.

- **Con Cargo retribuido:**

En este supuesto el administrador de la sociedad obtendrá una retribución en base a los sistemas retributivos que la junta apruebe y establezca, entre ellos podemos destacar:

- % en la participación de beneficios,
- La obtención de mejoras sociales (planes de pensiones, seguros de vida, seguros médicos)
- Retribución mensual fija, trimestral, bimensual, anual.
- Renta vitalicia
- **Con Cargo no retribuido:**

En este supuesto el administrador no obtendrá ningún tipo de contraprestación económica por la realización de funciones de administración de la sociedad mercantil.

Además de las funciones inherentes al cargo de AM que pueden, o no, ser retribuidas, se pueden dar situaciones en las que el administrador de la sociedad mercantil realice tareas retribuidas distintas a las inherentes al cargo de administrador, como son:

Administrador con cargo retribuido y funciones de gerencia y dirección:

Cuando confluyen en una misma persona la condición de administrador con cargo retribuido y el de alto directivo, la única relación existente es la mercantil que absorbe cualquier carácter laboral que pudiera existir por la segunda de las relaciones (alto directivo); amén de lo dispuesto en la *teoría del vínculo* por la cual no es compatible la relación de alta dirección con el cargo de consejero o

miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad. Tesis que nace a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988 y ha sido desarrollada posteriormente por otras sentencias, por cuando en una misma persona concurren el cometido de representación social y el de gestión empresarial, no se estima que existen dos relaciones superpuestas (una mercantil y otra de alta dirección laboral), sino que el cargo mercantil o societario se ensancha englobando dentro de sí la función de gestión o dirección empresarial.

Así que la retribución de la gerencia deberá ir implícita en la retribución del administrador y estas a su vez deberán ser contempladas en los estatutos societarios.

Administrador con cargo NO retribuido y funciones de gerencia y dirección:

A priori, también deberíamos aplicar en este supuesto la *teoría del vinculo*, mencionada anteriormente, no obstante, entendiendo que el cargo de AM no es retribuido y la existencia de una doble funcionalidad, podríamos dar paso a la aplicación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. Dado que el administrador mercantil únicamente tendrá una retribución por la realización de funciones de gerencia y/o dirección.

Las funciones que desarrolle el administrador relativas a la gerencia y/o dirección deberán de gozar de un **elemento objetivo que acredite la dualidad de sus funciones entre la gestión social (funciones puramente mercantiles) con la gerencia y dirección propia de los elementos pasivos de la sociedad y su especialización.** Entre ellas podemos destacar:

- Planificación objetivos empresariales
- Organización de sus elementos
- Gestión de los mismos
- Control de ejecución empresarial

Dicha situación deberá vincularse a la empresa con un contrato de alta dirección y una retribución acorde a la fijada en dicho contrato, entendiéndose como Alta dirección 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 emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.**

En todo caso, la contraprestación económica que obtenga el administrador por realizar las funciones de alta dirección y gerencia deberán realizarse por medio de hoja de salario.

Es muy aconsejable que en los estatutos de la sociedad quede recogida la gratuidad del cargo de Administrador y la realización de funciones de gerencia y dirección, a fin de poder tener un medio de prueba más que acredite un elemento objetivo, además del mismo contrato de trabajo de alta dirección y hojas de salario devengadas, ya que será de vital importancia dotar la vinculación laboral de cuantos más elementos comunes a una relación de alto directivo, con el fin de poder acreditar objetivamente la existencia de una única relación retribuida, la laboral.

Esta alternativa planteada a la teoría del vínculo, tiene su origen en distintos trabajos de estudio, del que destacamos el realizado por el Magistrado de la Audiencia Provincial de Córdoba, Don Pedro-José Vela Torres sobre exposición realizada sobre “*Criterios judiciales sobre retribución de administradores sociales*” en la publicación “*I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*” del autor Don José Ramón Salelles Climent editado por Tirant lo Blanch en 2010.

Administrador con cargo retribuido o gratuito y funciones de carácter laboral.

Independientemente del encuadramiento que obtenga el administrador mercantil en la seguridad social, si éste realiza funciones de índole laboral (mecánico, camarero, contable, dependiente, comercial), éstas deberán ser retribuidas de idéntica forma que a un trabajador por cuenta ajena, es decir, por medio de un salario.

La duda recae en saber qué importe debemos abonar por realizar dichas funciones laborales. Entenderemos que, si el administrador viene realizando las tareas propias de un trabajador sujeto a un horario, jornada, categoría profesional y puesto de trabajo, también deberá mantener las mismas similitudes en cuanto a la retribución por su labores, siendo el convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad de la sociedad, quien fije el mínimo de dicha retribución, que claro está, podrá ser complementada en función de la dedicación, disponibilidad y especialización para el desarrollo del puesto de trabajo laboral que realice.

En caso de que exista cargo retribuido y prestación laboral, a nuestro entender se deberán confeccionar una hoja de retribución del AM y otra hoja de salario que fundamente la relación laboral, a fin de clarificar cada una de las funciones que ejerce el administrador.

Administrador con cargo y realización de obras

El administrador puede obtener una retribución por la realización de servicios y/o trabajos eventuales y específicos, distintos a los inherentes a la gestión social propia del cargo. Dicha retribución deberá ser aprobada por los órganos de administración de la sociedad mercantil.

En determinadas situaciones el cargo de administrador puede estar solapado con otras funciones de carácter eventual, distintas a las inherentes al propio cargo de AM, y que deben ser retribuidas.

Entre estas funciones, podemos ejemplificar tales como:

- Elaboración de dictámenes
- Estudios fiscales
- Análisis de personal
- Negociación de préstamos.
- Realización de obras y/o servicios determinados.

En este tipo de dualidad, no se puede contemplar un carácter laboral dado que la propia especificación y eventualidad del encargo deja sin cabida la existencia de una relación laboral de alta dirección o común, amén del lo expuesto en el Art. 1 del Estatuto de los trabajadores.

Dicha situación será contemplada y autorizada por junta general, así como su sistema de retribución.

Analizadas las diferentes formas de canalizar legalmente la retribución de los administradores, nos disponemos a exponer el encuadramiento de los mismos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, así como a discernir aquellos casos es los que permanecerán excluidos del sistema de la Seguridad Social.

Sin más preámbulos, y entrando en el supuesto más típico que podemos encontrarnos en esta materia, a saber, el del encuadramiento de los administradores en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, citar el apartado c) del artículo 1.2, de la Ley 20/2007, de 11 de julio, que aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo. Junto a éste, la DA 27ª del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) declara que estarán obligatoriamente comprendidos en el régimen de trabajadores por cuenta propia *“quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño el cargo de consejero o administrador, o presten servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla.”*

Por tanto, vemos que para estar incluidos en el RETA se exigen dos elementos fundamentales: funciones de dirección y gerencia, por un lado, y control efectivo de la sociedad, por otro. Si bien el primero no lleva a confusión alguna, el segundo, en cambio, se presta a posibles interpretaciones; interpretaciones que, por otro lado, quedan disipadas por el propio texto de la Ley.

En concreto, se establece una presunción iuris et de iure para el caso de que las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Además de ésta, se recogen una serie de presunciones iuris tantum, a saber:

- Participación del 50% en el capital social entre socios que convivan o familiares hasta el 2º grado.
- Participación igual o superior al 33% del capital social.
- Participación igual o superior al 25% del capital social si se ejercieran funciones de dirección y gerencia.

En el sentido opuesto, se pronuncia el artículo 97.2.a) de la LGSS, según el cual, están dentro del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social aquellos *“socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de ese cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos del apartado 1º de la DA 27ª LGSS.”* Estamos, por tanto, ante socios que perciben una remuneración por el trabajo que desempeñan en la sociedad, sin funciones de dirección y sin control social.

Entre los dos regímenes expuestos, la Ley nos ofrece un encuadramiento intermedio, como es la asimilación a trabajadores por cuenta ajena de aquellos unidos a la sociedad mediante un contrato de alta dirección. Al efecto, los artículos 1.2. del Real Decreto 1382/1982, de 1 de agosto, y 97.2.k) de la LGSS, prevén una relación laboral de carácter especial, sin protección por las contingencias de desempleo y FOGASA, de aquellos socios/administradores que, pese a no tener control social, desarrollan funciones de dirección y gerencia y, además, perciben una retribución por ello.

Finalmente, y como hemos avanzado, también se establece legalmente la exclusión legal del sistema de la Seguridad Social de aquellos meros cargos de consejero o administrador, que no perciben remuneración alguna por su desempeño, que no tienen control social, y que no trabajan en la sociedad. Por un lado, no cumplen con los requisitos de trabajador previstos en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y por otro, tampoco cumplen las premisas del artículo 1.2.c) LETA. Estaríamos, pues, en términos del artículo 98 de la LGSS, ante un servicio “amistoso, benévolo o de buena vecindad”. Y, además, como cláusula de cierre, el apartado 2º de la DA 27ª de la LGSS reza del tenor siguiente: *“No estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.”*

