



Roj: **SAP PO 10/2013 - ECLI: ES:APPO:2013:10**

Id Cendoj: **36038370012013100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2013**

Nº de Recurso: **782/2012**

Nº de Resolución: **3/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

#### **PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00003/2013

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 782/12**

**Asunto: ORDINARIO 159/11**

**Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 PONTEVEDRA**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

#### **SENTENCIA NUM.3**

En Pontevedra a ocho de enero de dos mil trece.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 159/11, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 782/12, en los que aparece como parte apelante-demandado: CANTERAS DE LALIN SL, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D. JOSE LUIS PIÑEIRO VIDAL, y como parte apelado-demandante: D. Candido , representado por el Procurador D. JOSE DOMINGUEZ LI **NO** , y asistido por el Letrado D. JOSE IGNACIO DE TORRES Y DE DIOS, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 15 junio 2012, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"ESTIMO en parte la demanda presentada por la representación de D. Candido contra CANTERAS DE LALIN SL y, en su consecuencia DECLARO la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta General de accionistas de la demandada de 5 de octubre de 2010 en relación con el punto 5º (modificación del artículo 21 de los Estatutos sociales en el sentido de fijar retribución al administrador de la sociedad demandada, para el año 2010 se fija



en la cantidad de 30.000 euros), con reintegro de las cantidades que se hubieren percibido de la sociedad en virtud del acuerdo con el interés legal, con obligación de las inscripciones que hubiere lugar y cancelación de los asientos registrales practicados; absolviendo a la demandada del resto de pretensiones formuladas en su contra, sin que proceda condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Canteras de Lalín SL, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso de apelación trae causa de la demanda formulada por el Sr. Candido , socio titular del 25% de las participaciones de la sociedad, en la que impugnaba diversos acuerdos adoptados en la junta general de socios celebrada por la sociedad Canteras de Lalín, S.L. el día 5.10.2010. El objeto del proceso en esta segunda instancia se ve notablemente limitado, al haber interpuesto recurso tan sólo la sociedad, pretendiendo la revocación del pronunciamiento estimatorio de la nulidad del acuerdo por el que se decidió el carácter oneroso del cargo de administrador social. De esta manera, el resto de pronunciamientos de la sentencia, desestimatorios de la pretensión de nulidad de otros acuerdos sociales adoptados en la misma junta, han ganado firmeza.

Más concretamente, el pronunciamiento objeto de recurso es del siguiente tenor: "*declaro la nulidad del acuerdo adoptado por la junta general de accionistas (sic) de la demandada de 5 de octubre de 2010, en relación con el punto 5º (modificación del art. 21 de los estatutos sociales, en el sentido de fijar la retribución al administrador de la sociedad demandada para el año 2010 se fija (sic) en la cantidad de 30.000 euros), con reintegración de las cantidades que se hubieran percibido de la sociedad en virtud del acuerdo con el interés legal, con obligación (sic) de las inscripciones que hubiere lugar y cancelación de los asientos registrales practicados ...*"

Posteriormente, por auto de aclaración de 25.6.2012, pese a desestimarse la petición formulada por la representación ahora apelante, la juez de lo mercantil precisa en su fundamentación que el pedimento que ha sido acogido por la sentencia era el de la nulidad "únicamente del punto 5", con desestimación del resto. La referencia debe entenderse al apartado 5º del orden del día de la junta impugnada: "*modificación del art. 21 de los estatutos sociales en el sentido de fijar el salario del administrador de la sociedad*". Sucede que dicho acuerdo no sólo determinaba la cuantía concreta de la retribución, -que fue finalmente aprobada en el mismo sentido que se proponía, ascendiendo a la suma de 30.000 euros mensuales-, sino que alteraba el régimen de la retribución del administrador, pues hasta ese momento el cargo era gratuito.

La sentencia de primera instancia consideró justificada, dada la evolución del sector económico al que pertenece la sociedad y las concretas circunstancias patrimoniales y financieras que atravesaba, la decisión de no repartir **dividendos**, que venía manteniéndose de forma continuada desde el momento de su constitución. Por tal motivo desestimó la pretensión de impugnación del acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio; pero, precisamente, ese mismo fundamento sirve a la juez de lo mercantil para considerar injustificado, y por ende lesivo para el interés social, la decisión de cambiar el sistema de retribución del administrador único, fijándose la retribución en la suma mencionada. La sentencia considera que tal decisión supone el resultado de una "*actuación conjunta y concertada tendente a frustrar los derechos patrimoniales que al socio demandante le corresponde en la entidad Canteras de Lalín S.L., mediante el desvío de una parte de los beneficios de la sociedad a la retribución del administrador, hijo del socio mayoritario, no es admisible en derecho, pudiendo depurarse, como se pretende en este caso, por la vía de impugnación del acuerdo ...*"

SEGUNDO.- En un confuso recurso, la representación de la sociedad comienza alegando la falta de legitimación activa del socio para impugnar el acuerdo. El motivo no fue alegado durante la primera instancia, desbordando así los límites del objeto del proceso en apelación. Con todo, tratándose de una cuestión apreciable de oficio, -pues se trata de comprobar la concurrencia de los requisitos del art. 206 LSC, en particular la exigencia de haber hecho constar en acta la oposición al acuerdo que se tacha de anulable-, la Sala ha examinado el acta de la junta y comprobado que en ella se hizo constar la oposición del socio al acuerdo, con expresiones que se entienden suficientes para justificar la concurrencia de la legitimación (vid. folio 42 de las actuaciones). En consecuencia se desestima el motivo.

El resto del recurso se convierte en un oscuro alegato que, en esencia, viene a defender la legalidad del acuerdo (la "racionalidad del acuerdo", es la expresión del recurrente) por considerar que vino exigido por la propia normativa tributaria y que con él se retribuía no sólo la actuación del administrador por sus funciones de "alta



dirección", sino también la gestión ordinaria de la sociedad, pues nadie más se ocupaba de las tareas ordinarias de dirección y administración. En cuanto a la determinación del importe de la retribución, el recurso reitera la pluralidad de funciones que lleva a cabo el administrador.

Como hace notar el demandante, el cargo de administrador de las sociedades mercantiles, por imperativo de lo dispuesto en el art. 66 de la ley previgente de sociedades limitadas y del art. 217 LSC, se presume gratuito, a menos que los estatutos expresamente dispongan lo contrario, en cuyo caso habrán de fijar el sistema de retribución, pudiendo consistir en una participación en los beneficios, -que habrá de fijarse estatutariamente-, o en un sistema retributivo distinto, en cuyo caso la retribución será fijada para cada ejercicio por la junta general, siendo criterio reiterado de la DGRN el de que para admitir la inscripción estatutaria es preciso " en primer lugar, la necesidad de que de existir la retribución se prevea de forma expresa en los estatutos, excluyendo así la gratuidad con que inicialmente contempla la norma legal el ejercicio del cargo; y, establecida aquélla, la determinación de uno o más concretos sistemas para la misma (cfr. el apartado 1º de la citada norma, -en referencia al art. 66 LSRL -), de suerte que no quede a voluntad de la junta general su elección o la opción entre distintos sistemas de retribución ". (RDGRN de 12 de noviembre de 2003, que sigue el criterio sentado por las resoluciones del mismo centro directivo, de 18 de febrero y 15 de octubre de 1998 y 18 de septiembre de 1999).

De manera evidente, la ley no contiene ningún precepto que limite las retribuciones del administrador social, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos; tan sólo se establece una limitación con respecto a la retribución consistente en participación en beneficios. Pero resultará posible, como sostiene la demanda, que un acuerdo por el cuál se fijen unas retribuciones excesivas al administrador social, en unas concretas circunstancias, puede ser expresión de un abuso ilegítimo de la mayoría, que al propio tiempo lesione el interés de la sociedad en perjuicio del socio minoritario, riesgo que se acrecienta en las sociedades cerradas.

En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 , recordando al doctrina sentada en la sentencia 172/2003, de 20 de febrero afirma que: "*(l)as sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1961 y 25 de enero de 1968 , en relación al artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas , declaran que se habla de lesión de los intereses de la sociedad y no de los intereses del accionista en particular y que el procedimiento regulado en este artículo y siguientes está establecido para ventilar en él mismo los intereses generales de la sociedad y no los intereses particulares contrarios a la misma*", en la 186/2006, de 7 marzo, que "*los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad*" y en la sentencia 377/2007, de 29 de marzo , que "*la acción impugnatoria prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la lesión de los intereses de la sociedad, y no los del accionista en particular* ", y añade, bajo el epígrafe de "*la impugnación de acuerdos lesivos para la minoría*", que "*ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991 , según la que "(e)n 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 del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social*", a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.

34. El artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LA LEY 3308/1989) introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio (LA LEY 1239/2003) -hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010), parece inclinarse por un concepto institucionalista -*(l)os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad...*-, sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas -*así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios", y la referida sentencia 186/2006, de 7 marzo , con cita de la de 11 de noviembre de 1983 , que "éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"*-.

35. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis "*en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común*" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "*la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa*".

36. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios,



revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como **abuso de derecho**, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) -silencia el "**abuso de derecho**" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil (LA LEY 1/1889), son contrarios a la ley- en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre (LA LEY 189354/2008), y 770/2011, de 10 de noviembre."

Para juzgar si un acuerdo que transforme el régimen retributivo, eliminando la gratuidad es contrario al interés social, se han de tomar en consideración, al menos, dos parámetros esenciales: la situación económica de la sociedad y la necesidad y entidad de las funciones desempeñadas por el administrador, en el bien entendido que en esta, como en otras materias, ha de observarse la elemental cautela de no invadir la esfera de actuación autónoma y soberana de la junta general.

Desde el primer punto de vista, es llano que lesionará el interés social un acuerdo que fije una retribución para el administrador claramente desproporcionada en relación con los beneficios de la empresa, de suerte que dicha partida absorba en su mayor parte aquella cifra, o resulte injustificada en relación con la evolución económica de la sociedad, como sucedería, por ejemplo, si en una situación de pérdidas, o en una evolución claramente desfavorable de las magnitudes que se integran en la cuenta de resultados, se produjera un aumento excesivo de la retribución a percibir por el administrador. De igual manera, resultará necesario atender a las concretas tareas efectuadas por el administrador, en particular si se limitan a

Sobre la segunda cuestión, -la relativa a la entidad de las funciones que desarrolla, en un concreto momento temporal, el administrador cuyos servicios se remuneran-, podemos anticipar que a modo de, por ejemplo, no merecerá la misma retribución el administrador que asuma, además de la alta dirección de la sociedad, las tareas de dirección ejecutiva, del día a día de la sociedad, que aquél administrador que tan sólo realiza la función de alta dirección, mientras que otras funciones son asignadas a un gerente o alto directivo.

En el caso analizado no se discute que el administrador único es hijo del socio mayoritario, ni tampoco el hecho de que viene asumiendo desde hace tiempo las tareas ejecutivas. Nada se ha probado en sentido contrario a lo afirmado en la contestación, en relación a que no hubiera otras personas dadas de alta en la empresa que desempeñaran funciones ejecutivas, hecho no contradicho por la parte demandante y al que hacen referencia las actas de las juntas generales aportadas. La circunstancia de que la sociedad, como han hecho notar los dictámenes periciales, se encuentre inmersa, como el resto de sociedades que operan en el sector, en una situación de crisis económica, que ha supuesto una disminución de la actividad y la consiguiente reducción de los resultados de explotación, no resulta suficiente para concluir en la forma que postula la demandante. Las cuentas anuales reflejan, cierto es, una progresiva disminución de beneficios, llegando a alcanzar el relevante porcentaje del 21% en el año 2009. De la misma forma, y como refleja el perito contable, puede advertirse una deficiente estructura financiera en la sociedad. Pero tales motivos, por sí mismos, no suponen ninguna actuación abusiva por el hecho de que se haya decidido pasar de una situación de gratuidad del cargo de administrador a un cargo retribuido con una suma que no nos parece relevante en atención a las cifras de resultado de los últimos ejercicios. Como afirma la SAP de Madrid, secc. 28ª de 31.5.2012 : "...sin embargo, el incremento del gasto que comporta el derecho de retribución, con constituir siempre un gravamen para la sociedad, no necesariamente ha de representar una decisión lesiva para los intereses de ésta desde el momento en que tal medida es capaz de excitar el celo de los administradores, espolear su disposición a mantenerse en la empresa e incentivarles a procurar una gestión más eficaz de la misma, lo que, en definitiva, bien pudiera redundar en provecho -y no en demérito- del interés social, toda vez que el gravamen representado por el incremento del gasto aspiraría a ser compensado -o, mejor, optimizado- con las correspondientes mejoras en la cuenta de resultados que pudieran ser, directa o indirectamente, consecutivas a ese estímulo retributivo. En todo caso, no está de más añadir que el acuerdo retributivo puede perfectamente estar fundado en la mera consideración de la mayoría conforme a la cual resulta simplemente justo que se compense el mayor sacrificio que con su labor asumen los administradores en comparación con el resto de los socios, aun cuando esa mayoría ni siquiera aspire, a su vez, a obtener aquella clase de rentabilidad indirecta en términos de mayor rendimiento."

Esto es lo que nos parece que sucede en el presente caso donde, se insiste, se ha acordado, después de una serie de ejercicios sin distribuir **dividendos** entre los accionistas y en un contexto de crisis económica, incentivar la actuación del administrador con una retribución ciertamente no desproporcionada en atención a las magnitudes declaradas por la empresa. Tampoco vemos en el hecho de que el administrador sea el hijo del socio mayoritario ningún indicio de actuación fraudulenta.



La prueba practicada ha consistido tan sólo en documental y pericial. El resultado de ésta nos parece desenfocado e irrelevante, en atención a los hechos que constituían el objeto del proceso. Los documentos, en su mayoría, se refieren a las cuentas anuales, a las declaraciones del impuesto y a las comunicaciones previas entre los socios, así como al resultado de las reuniones de las juntas. No vemos en ellas, ni en las opiniones de los técnicos ningún indicio de "actuación conjunta y concertada" para frustrar los derechos patrimoniales del socio demandante. Tampoco nos parece coherente apreciar esta situación respecto del acuerdo de retribución del administrador y no apreciarlo respecto de los acuerdos impugnados relativos a la decisión de no repartir **dividendos**.

En consecuencia, el recurso debe prosperar. No se ha demostrado en el proceso que transformar el cargo del administrador de gratuito a retribuido, dotándolo con una retribución no excesiva en relación con el patrimonio y la actividad de la empresa, lesione el interés social.

Se estima el recurso y se revoca la resolución recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la ley procesal, en relación con el art. 398, estimado el recurso, con el efecto de la íntegra desestimación de la demanda, procede condenar en costas a la representación actora en primera instancia, sin pronunciamiento respecto de las devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados, y demás de pertinente y necesaria aplicación,

### FALLAMOS

*Que estimamos el recurso de apelación deducido por la representación procesal de CANTERAS DE LALÍN, S.L. y en su consecuencia revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 159/2011, y en su lugar absolvemos a la sociedad demandada de las pretensiones deducidas en la demanda, con imposición al actor del pago de las costas devengadas en primera instancia y sin pronunciamiento con respecto a las devengadas en esta alzada.*

*Procédase a la restitución del depósito constituido.*

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, en nombre de S.M. el Rey, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.