



Roj: **SAP B 611/2015 - ECLI: ES:APB:2015:611**

Id Cendoj: **08019370152015100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **05/03/2015**

Nº de Recurso: **427/2014**

Nº de Resolución: **57/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 427/2014-2ª

Juicio Ordinario núm. 489/2013

Juzgado Mercantil núm. 10 Barcelona

SENTENCIA núm. 57/2015

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a cinco de marzo de de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 10 de esta localidad, por virtud de demanda de Florencio y Clara contra Keran, S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado los demandantes la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 31 de marzo de 2014.

Han comparecido en esta alzada los apelantes Florencio y Clara, representados por el procurador de los tribunales Sr. Simó y defendida por el letrado Sr. Jové, así como la demandada en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Ribó y defendida por el letrado Sr. Mier.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Ricard Simó Pascual en nombre y representación de Don Florencio y Doña Clara y dirigida contra Keran, S.A., por lo que absuelvo a la demandada Keran, S.A. de todas las pretensiones contenidas en el escrito de demanda y DECLARO la validez y eficacia de los acuerdos primero, segundo y tercero adoptados en la Junta General de Accionistas celebrada el 21 de junio de 2012, todo ello con imposición de las costas causadas en este procedimiento a los actores Don Florencio y Doña Clara ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Florencio y Clara. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 18 de febrero pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, presidente de la Sección.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. Florencio y Clara , titulares de un 26,25 % de las acciones de Keran, S.A., impugnaron varios de los acuerdos adoptados en la junta de socios celebrada el 21 de junio de 2012, concretamente:

a) El acuerdo de aprobación de las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2011. Dicho acuerdo se consideraba nulo por la infracción de lo establecido en los arts. 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que regulan los deberes de diligente administración y lealtad del administrador.

b) El acuerdo relativa a la aprobación de la gestión de los administradores, por las mismas causas que el anterior.

c) Y el acuerdo relativo a la fijación de la retribución del administrador. Este acuerdo se considera nulo por las siguientes razones: (i) ser contrario a lo establecido en el artículo 16 de los Estatutos Sociales; (ii) no respetar el criterio establecido por la Audiencia Provincial en el pronunciamiento relativo al acuerdo adoptado en la junta de 17 de septiembre de 2009; (iii) fijar la retribución del administrador con carácter retroactivo y en relación con unos ejercicios económicos cerrados en el momento de someterse a aprobación; y (iv) porque aplica un criterio aleatorio y caprichoso que obedecía a la única finalidad de justificar lo recibido como consecuencia de un acuerdo declarado nulo.

2. La demandada se opuso alegando que la labor del administrador en relación con la administración de los edificios que la sociedad tiene como activo principal es constante, ya que ha promovido y llevado a cabo obras de adaptación y gestionado su arrendamiento. Y, respecto de la remuneración correspondiente a los años 2008 y 2009, lo único que se ha pretendido ha sido ajustarse al criterio establecido por este tribunal en una resolución anterior que resolvió otro conflicto entre las mismas partes.

3. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda considerando que la impugnación se limitaba, de forma sustancial, al acuerdo de fijación de la retribución del administrador y que la retribución fijada al administrador, de 700 euros mensuales, cumplía los requisitos previamente establecidos en las resoluciones de este tribunal resolviendo conflictos previos. Por ello estima que la retribución fijada en la junta respecto de los ejercicios 2008 y 2009 no es en realidad un remuneración con efecto retroactivo sino una simple adaptación de los acuerdos de junta adoptados previamente a los criterios que resultan de la Sentencia de la Audiencia de Barcelona que resolvió la impugnación de los socios y estimó que el criterio aplicado para fijar inicialmente la retribución no se correspondía bien con la norma estatutaria. Y, en cuanto a la retribución de los demás ejercicios, si bien considera que no es correcto que la aprobación de la remuneración se haga una vez concluido el ejercicio, sino que debe hacerse previamente, estima que en este caso estaba justificada por la situación de interinidad que se había producido como consecuencia de la impugnación de los acuerdos previos y del criterio finalmente establecido por la Audiencia. Tampoco considera que la retribución de 700 euros/mes sea desproporcionada, atendida la dedicación que el administrador ha acreditado a atender los asuntos sociales.

4. El recurso de los demandantes insiste en que los acuerdos impugnados son nulos, con salvedad del relativo a la retribución correspondiente al año 2012, que expresamente afirma que no desea apelar, al estimar que durante el juicio recibieron explicaciones suficientes sobre la dedicación efectiva del administrador. El recurso destaca la contradicción en la que, en su opinión, ha incurrido la resolución recurrida cuando no ha estimado la impugnación, a pesar de afirmar tajantemente que no puede aprobarse la retribución del administrador para el ejercicio ya transcurrido sino que la retribución debe en todo caso señalarse previamente. En suma, la resolución recurrida ha imputado a la sociedad estar aprobando de forma incorrecta la retribución del administrador, pese a lo cual no acoge la impugnación de los acuerdos en los que así se ha procedido. Los concretos motivos del recurso son los siguientes:

a) En cuanto a la retribución de los ejercicios 2008 y 2009, la fijación de la retribución infringe la prohibición de retroactividad, que impide la fijación de retribución para un ejercicio ya cerrado, y asimismo se ha aprobado una retribución por el mismo importe que la previamente declarada nula.

b) En cuanto a la retribución para el ejercicio 2011, de nuevo se señala para un ejercicio ya cerrado.

c) Como consecuencia de la nulidad de los acuerdos relativos a la retribución, también pasan a serlo los relativos a la aprobación de las cuentas y del informe de gestión.

SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto

5. Los hechos sustanciales de los que trae causa el conflicto que enfrenta a las partes y que le sirven de contexto son los siguientes:



- 1.º La sociedad demandada tiene carácter familiar y de ella forman parte los demandantes, titulares del 26,25 por ciento de sus acciones y el restante 73,75 su hermano Luis Andrés , a su vez administrador.
- 2.º Se trata de una sociedad de carácter patrimonial cuya actividad se limita a la administración de un inmueble de su propiedad sito en la localidad de Barcelona y dedicado a usos industriales. Dicho inmueble, único patrimonio social, ha sido transformado y dividido en pequeños locales con la finalidad de dedicarlo a alquiler.
- 3.º El cargo de administrador no era retribuido hasta que en la junta de accionistas de fecha 3 de julio de 2008 se modificaron los estatutos sociales, concretamente su art. 16, que pasó a tener el siguiente contenido: « *El cargo de administrador será remunerado en función de su efectiva dedicación al desarrollo de su labor. La Junta de accionistas establecerá para cada ejercicio la cuantía de la retribución, que consistirá en una asignación fija y periódica...*».
- 4.º La retribución en cuestión no se fijó hasta la junta extraordinaria de 17 de septiembre de 2009 cuyos acuerdos fueron objeto de impugnación en un proceso anterior seguido entre las mismas partes y resuelto por nuestra Sentencia de 27 de enero de 2011 (Rollo 377/2010). El acuerdo social impugnado había fijado la retribución del administrador a razón de 50 euros por hora trabajada y la Sala estimó que ese criterio no era correcto, ya que no se atenía a lo establecido en los Estatutos sociales, que exigían que la retribución fuera fija y periódica.
- 5.º También en la junta de 28 de junio de 2010 se repitió la práctica de aprobar la remuneración del administrador respecto del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009. En aquella ocasión, impugnado de nuevo el acuerdo, la sociedad se allanó a la demanda.
- 6.º Y de nuevo en la junta de 21 de junio de 2012 se ha vuelto a reiterar la práctica de aprobar la retribución una vez concluido el ejercicio, en relación con las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2011. La retribución se fijó en la cantidad de 700 euros/mes. A la vez, en la propia junta, se aprobó la remuneración correspondiente a los años 2008 y 2009, así como la del ejercicio 2012.

TERCERO. Sobre la forma de fijación de la retribución

6. Aunque el recurso se refiere a todos los motivos de impugnación, alguno de los cuales no guardan directa relación con el acuerdo social de fijación de la retribución del administrador, no se discute que toda la controversia existente entre las partes está relacionada con el sistema de fijación de la retribución del administrador y, concretamente, con la idea de si resulta admisible que la fijación de esa retribución pueda llevarse a cabo una vez concluido el ejercicio o bien si la aprobación por la junta debe ser en todo caso previa a la conclusión del ejercicio.
7. La resolución recurrida, a partir de la idea de que las normas legales relativas a la fijación de la retribución no establecen si es admisible que se pueda fijar una vez concluido el ejercicio, llega a la conclusión de que el pacto incluido en el artículo 16 de los Estatutos impone un sistema de aprobación previa por parte de la junta, es decir, estima que la sociedad demandada no puede aprobar la retribución a ejercicio vencido, como ha venido entendiendo y haciendo la sociedad.
8. A partir de ese postulado, se explica mal la solución que la resolución recurrida ha dado al caso, tal y como expone el recurso, por cuanto en todos los años, salvo en 2012, la aprobación de la retribución se produjo con posterioridad al cierre del ejercicio.
9. Nosotros no estamos tan seguros de que la norma estatutaria deba ser interpretada en el sentido que la ha entendido el magistrado de la primera instancia. Recordemos que su contenido literal es el siguiente: « *El cargo de administrador será remunerado en función de su efectiva dedicación al desarrollo de su labor. La Junta de accionistas establecerá para cada ejercicio la cuantía de la retribución, que consistirá en una asignación fija y periódica...*».

Es cierto que si la retribución se fija antes de que finalice el ejercicio puede parecer que existe un mayor grado de seguridad para los accionistas, en el sentido de que pueden conocerla previamente. Ahora bien, es muy poco probable que ese sistema de fijación previa pueda permitir a los accionistas minoritarios exigir al órgano de administración una explicación razonada de la efectiva dedicación al desarrollo de la labor de administrar que cuando la fijación se ha llevado a cabo en la junta ordinaria posterior al cierre del ejercicio. De forma que la impugnación de ese acuerdo en el caso de haberse fijado una retribución desproporcionada y lesiva para los derechos de tales accionistas se ve dificultada con esa interpretación del pacto estatutario que patrocinan los recurrentes.

10. Si la remuneración ha de ser periódica y fija, parece que lo más razonable es que también su percibo tengan ese carácter. Ello es un argumento a favor de la idea de que la fijación debe ser previa. No obstante, que la remuneración tenga ese carácter no significa que necesariamente su percibo por parte del administrador



también deba tener ese carácter. Si se atiende al contenido literal del pacto, que pretende que la junta pueda ajustar el importe de la retribución en cada ejercicio a la efectiva dedicación del administrador, parece que cuando la junta estará en condiciones de hacer ese ajuste en mejores circunstancias es una vez concluido el ejercicio, cuando ya es conocida cuál ha sido la dedicación efectiva.

En suma, en nuestra opinión, existen razones que permiten justificar que la fijación se pueda llevar a cabo por la junta *ex ante* o bien *ex post*, de manera que deberá ser la sociedad quien en cada caso decida cuál es el sistema preferible.

11. Por tanto, y no cuestionada en el recurso la proporcionalidad y adecuación de la retribución atribuida al administrador, se está en la necesidad de desestimarlo, confirmando la resolución recurrida que desestimó íntegramente la demanda de impugnación.

12. A ello debemos añadir que estimamos que resulta irrelevante la circunstancia de que el importe de la retribución aprobada para los ejercicios 2008 y 2009 no se correspondiera con una cantidad redonda y buscara justificar los cobros efectivamente percibidos por parte del administrador previamente, al amparo de un sistema que declaramos nulo. La sociedad era libre, una vez anulado el acuerdo anterior, de adoptar el acuerdo que considerara oportuno, con tal que se atuviera al sistema establecido en los Estatutos, y en los términos que lo interpretamos en nuestra Sentencia de 27 de enero de 2011, con el único límite de que el importe de esa retribución fuera adecuada o proporcionada al desempeño. No cuestionada esta última circunstancia, al menos en el recurso, no hay razón alguna para considerar que el acuerdo no sea válido. No podemos perder de vista que si declaramos la nulidad de aquel acuerdo anterior no fue porque la remuneración establecida fuera desproporcionada sino exclusivamente porque su cómputo entendimos que no se correspondía bien con lo fijado en los Estatutos.

CUARTO. Costas

13. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procedé hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Florencio y Clara contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 31 de marzo de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso y con pérdida del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.