



Roj: **SJM BI 5393/2020 - ECLI:ES:JMBI:2020:5393**

Id Cendoj: **48020470022020100557**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **29/12/2020**

Nº de Recurso: **263/2020**

Nº de Resolución: **565/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **OLGA AHEDO PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BILBAO

BILBOKO MERKATARITZA-ARLOKO 2 ZENBAKIKO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016688 **FAX:** 94-4016969

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: mercantil2.bilbao@justizia.eus / merkataritza2.bilbo@justizia.eus

NIG PV/ IZO EAE: **48.04.2-20/005084**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **48020.47.1-2020/0005084**

Procedimiento / *Prozedura*: **Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 263/2020 - J**

S E N T E N C I A Nº 565/2020

MAGISTRADA: D.ª OLGA AHEDO PEÑA

Lugar: Bilbao

Fecha: veintinueve de diciembre de dos mil veinte

DEMANDANTE: SERVICIOS FUNEBRES NUESTRA SEÑORA DE BEGOÑA S.L.

Abogado: D. Vicente González Saiz

Procurador: D. Guillermo Smith Apalategui

DEMANDADA: TANATORIO DE BIZKAIA S.L.

Abogado: D. José Manuel Argarate Ortiz

Procuradora: D.ª. María Basterreche Arcocha

OBJETO: impugnación de acuerdos sociales

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2020 tuvo entrada en este juzgado la demanda de juicio ordinario formulada por el procurador Sr. Smith Apalategui, en nombre y representación de SERVICIOS FÚNEBRES NUESTRA SEÑORA DE BEGOÑA S.L., frente a TANATORIO BIZKAIA, S.L., en ejercicio de acción de impugnación de acuerdos sociales.

Tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, SOLICITÓ al juzgado que dicte sentencia, " *por la que estimando íntegramente la presente demanda, declare que el acuerdo adoptado por la Junta General de la sociedad TANATORIO BIZKAIA S.L., correspondiente al punto Segundo del Orden del día de la Junta celebrada el 12 de febrero de 2019, sobre fijación del sistema de retribución del órgano de administración, es contrario a la Ley, a los estatutos, lesiona el interés social en beneficio de varios socios y/o es abusivo en*



detrimiento injustificado de la minoría, dejándolo sin ningún valor ni efecto, condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como al pago de las costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 17 de febrero de 2020, el 26 de junio siguiente se recibió escrito de la demandada oponiéndose a la demanda.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2020 se señaló la audiencia previa para el 29 de septiembre siguiente, celebrándose dicho día con el resultado que obra en soporte audiovisual.

La parte demandada solicitó la terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto, lo que fue rechazado por la juez.

La única prueba propuesta y admitida fue documental, y los autos quedaron conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensión de la demandante y planteamiento del debate

1. La demandante, titular del 42,50% del capital social de la demandada, impugna el acuerdo adoptado por la Junta de socios el 12 de febrero de 2019 en relación con la fijación del sistema de retribución del órgano de administración. Afirma que dicho acuerdo es contrario a la Ley y a los estatutos, y lesiona el interés social en beneficio de varios socios y/o es abusivo en detrimento injustificado de la minoría. Todo ello al amparo del art. 204.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC).

Concretamente, el acuerdo se adoptó ajustándose al siguiente punto segundo del orden del día:

"SEGUNDO.- Aprobación si procede al amparo del artículo 25 de los estatutos sociales y concordantes con la LSC , del importe de la remuneración a los consejeros en atención a la dedicación que le vienen prestando a la sociedad en su administración social, así como también a la asunción de responsabilidad personal que sus cargos conlleva.

Propuesta para su aprobación si procede, que la remuneración sea variable anualmente en función del incremento de los beneficios anuales como resultado de su gestión y de los resultados obtenidos.

Propuesta para su aprobación si procede, del reconocimiento de su labor y gestión desarrollada a lo largo del ejercicio 2018 así como su remuneración".

En la fundamentación jurídica de su demanda argumenta la demandante en relación con el acuerdo:

- Se introduce el sistema de retribución variable contraviniendo la previsión estatutaria que acoge el sistema de retribución fijo (art. 25).
- Se adopta el sistema de retribución variable sin hacer expresa mención a los parámetros o indicadores de referencia para su aplicación, vulnerando así las previsiones del art. 217.2 LSC.
- Se decanta, dentro del nuevo sistema de retribución, la remuneración correspondiente al ejercicio 2018 sin conocer los parámetros a los que se ajusta (art. 217.2 LSC), o la adecuación de la misma a la sociedad o estándares comparables (art. 217.4 LSC), al no existir los primeros o no haberse realizado procedimiento previo alguno para los segundos.
- Se instaura, en suma, un sistema de doble retribución, variable y fija, superando la retribución única prevista estatutariamente (art. 217.2 LSC y 25 de los estatutos).

Por otro lado, el acuerdo se inserta en una planificada estrategia de hostigamiento del socio minoritario, tomando esta decisión de retribuir al consejo, tras más de dos décadas de gratuidad de la labor de los administradores, cuando aquél tan sólo desarrolla labores consultivas o supervisoras en la sociedad, súbita decisión predispuesta, además, sin la necesaria transparencia y justificación previa de una medida de este tipo.

La decisión se adopta en abuso de la minoría, con infracción del deber de lealtad hacia aquélla, perjudicándola especialmente pues lo que se busca y se consigue, en beneficio exclusivo de los administradores, es la expropiación de su legítimo y connatural derecho a su porción en la tarta social.

Invoca la demandante la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada bajo la denominación de "retribuciones tóxicas", conforme a la cual estos acuerdos pueden ser contrarios también al interés social y/o ser abusivos en detrimento de la minoría. Cita la demandante las SSTS 391/2012, de 25 de junio; 165/2004, de 5 de marzo; 1049/2006, de 24 de octubre, y 377/2007, de 29 de marzo.



En este caso, afirma, la contrariedad al interés social reside en la ventaja particular que reciben los administradores con este acuerdo, que, además, comporta un efecto abusivo al determinar la expropiación de los derechos de la minoría.

2. La demandada se opone a la demanda con las siguientes alegaciones:

1. Invoca el art. 204.2 LSC y alega que la situación ha sido regularizada. Afirma que, "ad cautelam", el acuerdo ha sido renovado por la propia Junta de socios por si su redacción anterior pudiera haber dado lugar a una interpretación errónea del mismo, tal y como parece ha ocurrido. El 10 de junio de 2020, la Junta aprobó el siguiente acuerdo (doc.1):

"SÉPTIMO: Ratificación de la remuneración del consejo de administración correspondiente al ejercicio 2019 fijada en la junta celebrada con fecha 12 de febrero de 2019 por un importe fijo y único de 35.000 € para todo el consejo y propuesta del mismo importe fijo y único para su remuneración en el ejercicio 2020".

Expone el señor Argárate: "Se propone "ad cautelam" la ratificación del acuerdo adoptado en la junta de la sociedad celebrada en el año 2019. La remuneración para todo el consejo de administración de una cantidad única y fija conforme a los estatutos para 2019 por importe de 35.000 €.

Igualmente se propone fijar como remuneración para todo el Consejo de administración una cantidad única y fija para el ejercicio 2020 por importe de 35.000 €, en base y fundamento al informe técnico que también sirvió para la adopción del acuerdo anterior y que es conocido por todos los socios, teniendo en cuenta también el resultado obtenido en el ejercicio 2019 que asciende, salvo error u omisión, antes de Impuestos, a la cifra de 709.020,33 Euros".

El señor Argárate me hace entrega para que incorpore a la presente, lo que haré como documento número uno, del informe especial sobre retribución del consejo de administración de "Tanatorio de Bizkaia, S.L." extendido en ocho folios de papel común impresos por su anverso, que sirvió de fundamento a la junta del año 2019.

a) votos a favor (...)"

Insiste la demandada en el carácter cautelar de este acuerdo por si existían dudas en relación con la interpretación del anterior.

Concluye que con la ratificación referida se ajusta el acuerdo al art. 25 de los estatutos, conforme al cual " *El cargo de administrador será retribuido. La retribución del Órgano de Administración consistirá en una cantidad fija anual que será determinada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General*".

2. El acuerdo impugnado, alega la demandada, fijó una retribución de 35.000 € a repartir entre los 5 consejeros con fundamento en el informe pericial que se facilitó a todos los socios y en atención al resultado económico de la labor profesional desarrollada en beneficio de la sociedad por los mismos. Y ello dentro de una horquilla de remuneraciones que fijaba el informe técnico de entre 30.000 € y 50.000 €.

3. Falta a la verdad la demandante porque en la Junta en la que se adoptó el acuerdo impugnado sí se facilitó por el consejo de administración a todos los socios la información y justificación detallada que ampara el importe de la remuneración que se propuso fijar conforme a los estatutos. Así, consta en el acta de la Junta (doc. 4 de la contestación), en relación con el punto segundo del orden del día cuyo acuerdo se impugna:

"El señor Argárate manifiesta: "Después de hacer un estudio exhaustivo de empresas funerarios que desarrollan su actividad por toda España y de un volumen de facturación similar a "Tanatorio de Bizkaia" y en atención a la jurisprudencia del Tribunal supremo sobre la remuneración de consejeros entendemos que sería adecuada como importe de esa remuneración la cantidad de treinta y cinco mil euros para todo el consejo siendo éste el que debería distribuirlo como consienta. Este sistema se establece orientado a proponer una rentabilidad y sostenibilidad a medio y largo plazo de la sociedad así como incorporar las cautelas necesarias que eviten la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables para sus socios.

El muestreo de empresas del sector que se ha utilizado para llegar a esta cifra ha sido a nivel nacional y sobre todos las que se puedan equiparar a "Tanatorio" que se han encontrado.

Pregunta el señor Alonso qué empresas se han escogido para tal muestreo, respondiendo el señor Argárate: "Funerarios del Oriente Astur" de Asturias, "Serfunle, SA" de León, "Funerarias del Principado de Asturias", "pompas fúnebres la Soledad" en las Palmas de Gran Canaria, "Torras sa".....las demás eran grandes empresas con unos consejos de administración, el resto de empresas del sector tenían un volumen de negocio y empleados mucho mayor a "Tanatorio" que impedían su comparación en cuanto a remuneraciones".



Pregunta el señor Alonso : "¿La asunción de riesgo es la misma que la de los consejeros anteriores? ¿O se asume un riesgo superior? Entiendo que siempre ha sido la misma", contestando el señor Argárate: "Me refiero a la asunción de riesgos de la sociedad, no de los consejeros".

Se somete a votación (...)

El Señor Alonso manifiesta: "Entendemos que en veinticinco años nunca se han cobrado sueldos y no vemos la razón y la cantidad nos parece bastante alta".

El Señor Presidente declara aprobado el segundo punto del orden del día.

Respecto a la "Propuesta para su aprobación si procede, del reconocimiento de su labor y gestión desarrollada a lo largo del ejercicio 2018 así como su remuneración" manifiesta el señor Argárate: "Entendemos que, si bien a la vista del resultado al cierre del ejercicio 2018 es evidente la satisfactoria gestión llevada a cabo por los mismos como han entendido y dado que a esas fechas la junta no había acordado todavía su remuneración renunciar a la misma para dicho ejercicio en beneficio de la sociedad."

Manifiesta el señor Alonso : "En primer lugar la gestión no ha sido satisfactoria. Y en segundo lugar este debate no debería haber ocurrido porque a toro pasado no se debe cobrar ningún tipo de sueldo. ¿Qué trabajos habéis ido haciendo en la gestión para acordar tal cantidad?"

Contesta el señor presidente: "Antes la labor de "Tanatorio" era hacer un trabajo y esperar el resultado. Ahora se hace un trabajo íntegro de funeraria y de gestión que es más compleja y la recaudación será mayor".

Añade el señor Argárate: "Se completa la explicación añadiendo que el resultado del ejercicio 2017 con el anterior consejo de administración fue un resultado de exploración de 176.375,07 euros, mientras que el resultado de explotación del ejercicio 2018 con el nuevo consejo de administración ha dado un resultado positivo de 1.181.164,54 euros, lo que explica suficientemente las gestiones y la laboriosidad desarrollada por el consejo de administración en el 2018 que continuará en el 2019 y que explica su remuneración".

El informe relativo a estos datos fue entregado a la demandante (doc. 5 de la contestación) y explicado.

Destaca la demandada el siguiente contenido del informe:

"IV. ANÁLISIS D COMPARABILIDAD CON OTRAS EMPRESAS DEL SECTOR

Se ha obtenido una muestra de cuatro sociedades (Anexo 2 a) que cumplen los requisitos establecidos para que la muestra sea válida.

Comparando los ratios de las cuatro Compañías, se observa que la correlación de los ratios de Tanatorio de Bizkaia, S.L., es muy alta con respecto a las Compañías 1, 2 y 3.

Existe comparabilidad con respecto a la Compañía 4, si bien con una correlación menor.

De la muestra seleccionada la media simple de las retribuciones anuales establecidas para su Consejo para las Compañías 1, 2 y 3 es de 41.000,00 Euros anuales.

Por el contrario la media aritmética ampliada a las 4 Compañías, es de 56.000,00 Euros anuales.

Considerando como escenario central más equilibrado la cantidad de 41.000,00 Euros, con un abanico de oscilación al alza o a la baja del 25% en mi opinión una cifra razonable de retribución anual para la totalidad de los miembros del Consejo de Tanatorio de Bizkaia, S.L., que en comparación con la muestra de empresas comparables se sitúa entre los 30.000,00 Euros y los 50.000,00 Euros.

V. CONCLUSIONES AL INFORME

Del análisis efectuado hasta este momento, puede razonablemente concluirse:

Que una cifra fija anual y máxima para la retribución al Consejo de Administración de Tanatorio de Bizkaia, S.L., establecida en una cantidad dentro de un rango comprendido entre 30.000,00 Euros y 50.000,00 Euros, cumple y se ajusta a los requisitos de ponderación exigidos por la legislación vigente y en el mercado funerario comparable. La cifra es además moderada ya que, en comparación con el beneficio correspondiente al ejercicio 2018, se sitúa entre el 4 y el 6,5% del beneficio antes de impuestos de la compañía".

4. Concluye la demandada:

- El nuevo consejo de administración de Tanatorio de Bizkaia, S.L., en el ejercicio 2018 ha llevado a cabo una gestión activa y continuada en el desarrollo de su actividad que ha generado un más que notable incremento de la misma y de sus beneficios con respecto a ejercicios anteriores.



- En la Junta objeto de esta impugnación se expuso y explicó por el Consejo, con datos y cifras, el notable resultado económico obtenido en el ejercicio 2018 fruto de su administración, promoviendo la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la actividad social, lo que no se había hecho hasta entonces.

- La propuesta de remuneración fue fijada única y exclusivamente en una cantidad concreta anual de 35.000,00 Euros para el ejercicio 2019 y no variable como se dice en la demanda, a repartir entre los cinco consejeros que lo componen como ellos estimasen por conveniente, siendo este el único sistema de retribución aprobado conforme al artículo 25 de sus estatutos y no dos como equivocadamente expone la demandante.

- La cifra fijada por los socios que votaron a favor del acuerdo se justificó por la solvente y laboriosa gestión desarrollada por los miembros del Consejo y su resultado y se fundamentó en un informe pericial encargado al efecto, que analiza y compara las remuneraciones de los órganos de administración de empresas funerarias con facturaciones y gestión similares a las de Tanatorio de Bizaia, S.L. Igual de laboriosa y solvente ha sido la gestión en el ejercicio 2019 (doc. 6 de la contestación).

- La remuneración aprobada por importe de 35.000,00 Euros anuales resulta inferior al de la media de las retribuciones de las compañías similares del sector, siendo más que adecuada al resultado de la gestión de administración desarrollada por el Consejo.

5. Insiste la demandante en que nunca se fijó en la Junta un doble sistema de retribución mediante la acumulación de una variable y otra fija. Solamente se fijó una retribución fija para el año 2019 de 35.000 euros.

SEGUNDO.- Valoración

La resolución de esta impugnación pasa por interpretar qué acordó la Junta general de Tanatorio Bizkaia, S.L., el 12 de febrero de 2019. Tal interpretación resulta necesaria a la vista de las alegaciones de las partes:

- La demandante sostiene que se introdujo con tal acuerdo, en contra de lo establecido en el art. 25 de los Estatutos, un segundo sistema (de retribución variable) para determinar la retribución de los administradores.

- La demandada insiste en haberse determinado únicamente en dicha Junta, y ratificado el 10 de junio de 2020, el importe fijo anual que en concepto de retribución correspondía al consejo de administración conforme al art. 25 de los Estatutos, importe que se concretó en 35.000 euros.

El acuerdo controvertido es del tenor siguiente:

"SEGUNDO.- Aprobación si procede al amparo del artículo 25 de los estatutos sociales y concordantes con la LSC, del importe de la remuneración a los consejeros en atención a la dedicación que le vienen prestando a la sociedad en su administración social, así como también a la asunción de responsabilidad personal que sus cargos conlleva.

Propuesta para su aprobación si procede, que la remuneración sea variable anualmente en función del incremento de los beneficios anuales como resultado de su gestión y de los resultados obtenidos.

Propuesta para su aprobación si procede, del reconocimiento de su labor y gestión desarrollada a lo largo del ejercicio 2018 así como su remuneración".

Por otro lado, el art. 25 de los Estatutos dispone: *" El cargo de administrador será retribuido. La retribución del Órgano de Administración consistirá en una cantidad fija anual que será determinada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General".*

Con la redacción dicha, resulta necesario determinar qué sistema de remuneración de los previstos en el art. 217.2 LSC es el fijado por los Estatutos: a) asignación fija, b) dietas de asistencia, c) participación en beneficios, d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución, f) indemnizaciones por cese, g) sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

Pues bien, el art. 25 de los Estatutos nos dice dos cosas en relación con la determinación de la retribución: que la cantidad anual es "fija" y que se determina anualmente por la Junta.

Al calificarse la retribución como "fija", y aun cuando la misma deba determinarse anualmente y por lo tanto pueda modificarse, se está desvinculando su determinación de concretas variables como pudieran ser los beneficios o los resultados de la sociedad, sin perjuicio de que, de conformidad con el apartado 4 del art. 217 LSC, la remuneración que la Junta fije anualmente deba guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares del mercado de empresas comparables.



Partiendo de ello, el acuerdo impugnado se aparta del art. 25 de los Estatutos porque introduce un criterio de determinación de la retribución que no contempla el precepto dicho: que la remuneración varíe anualmente en función del incremento de los beneficios anuales como resultado de su gestión y de los resultados obtenidos. Los beneficios y los resultados no están previsto en el art. 25 de los Estatutos como indicadores para determinar la retribución anual de los administradores, y su inclusión a través del acuerdo impugnado contraviene el mismo, razón por la cual prosperará la impugnación.

Aclarar que a salvo quedan los restantes extremos del punto segundo del orden el día que resultaron también aprobados y que son ajenos al ámbito de impugnación planteado por la demandante; exclusivamente la introducción de un sistema de retribución variable. De hecho, ninguna mención hace en su escrito de demanda a la fijación de una retribución concreta de 35.000 € ni a los parámetros que se tuvieron en cuenta para ello.

TERCERO.- Costas

Estimada la demanda, procede imponer las costas a la demandada (art. 394.1 LEC).

FALLO

ESTIMAR la demanda formulada por el procurador Sr. Smith Apalategui, en nombre y representación de SERVICIOS FÚNEBRES NUESTRA SEÑORA DE BEGOÑA S.L., frente a TANATORIO BIZKAIA, S.L., **declarando la nulidad** del siguiente apartado del acuerdo adoptado en relación al punto segundo del orden del día adoptado por la Junta general el 12 de febrero de 2019:

"Propuesta para su aprobación si procede, que la remuneración sea variable anualmente en función del incremento de los beneficios anuales como resultado de su gestión y de los resultados obtenidos".

Imponer a la demandada las costas procesales causadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 00, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en Bilbao, a 29 de diciembre de 2020.