



Roj: **SAP B 6243/2017 - ECLI:ES:APB:2017:6243**

Id Cendoj: **08019370152017100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **12/09/2017**

Nº de Recurso: **167/2016**

Nº de Resolución: **357/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 9, 03-12-2015,
SAP B 6243/2017**

Cuestiones : impugnación acuerdo social de retribuciones por violación del interés social.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 167/2016

Juicio Ordinario núm. 410/2014

Juzgado Mercantil núm. 9 Barcelona

SENTENCIA núm. 357/2017

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a doce de septiembre de dos mil diecisiete.

Parte apelante: Serafina y Narciso .

Letrado/a: Sra. Pascual.

Procurador: Sra. Suárez.

Parte apelada: Vapor Sampere, S.L.

Letrado/a: Sr. García.

Procurador: Sr. Nicolás.

Objeto del proceso: Impugnación de acuerdos sociales.

Resolución recurrida: sentencia.

Fecha: 3 de diciembre de 2015.

Parte demandante: Serafina y Narciso .



Parte demandada: Vapor Sampere, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por Narciso y Serafina contra la sociedad VAPOR SAMPERE SL, por lo que declaro la validez del acuerdo segundo adoptado tanto en la junta general de socios celebrada el día 4 de junio de 2013 como en la junta general de 14 de junio de 2014, con condena en costas a la parte actora* ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación Serafina y Narciso . 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 6 de julio pasado.

Ponente: magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Serafina y Narciso , en su calidad de socios de Vapor Sampere, S.L. (en lo sucesivo, Vapor), impugnaron los acuerdos adoptados en las juntas generales de socios de 4 de junio de 2013 y 14 de junio de 2014 que fijaban la retribución que debía percibir el administrador de la sociedad. La impugnación se funda en considerar que tales acuerdos son contrarios al interés social por cuanto las retribuciones aprobadas al administrador eran desproporcionadamente altas y no se correspondían con el valor de mercado de los servicios efectivamente prestados a la sociedad.

2. La demandada se opuso a la demanda alegando los siguientes motivos:

a) Caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 2013, por haber transcurrido en exceso el plazo de 40 días.

b) Los acuerdos son acordes con el art. 22 de los Estatutos, que establecen el carácter retribuido del cargo y establece una retribución fija para el administrador, no supeditada a los beneficios de la sociedad. De hecho, la retribución fijada en esos ejercicios es acorde con la que se había venido fijando durante todos los años anteriores.

c) La retribución es acorde con el valor de mercado de las funciones que el administrador desempeña para la sociedad y con su responsabilidad.

3. La resolución recurrida, después de rechazar la caducidad de la acción, desestimó íntegramente la demanda considerando que (a) el cargo, según los estatutos sociales, es retribuido, (b) que las retribuciones se corresponden con las fijadas todos los años anteriores y (c) que el sueldo es acorde al valor de mercado de los servicios prestados por el administrador.

4. El recurso de los demandantes incide de nuevo en que el sueldo fijado es desproporcionado, ya que supone aproximadamente un porcentaje próximo al 20 % de los ingresos de la sociedad y desacorde con el valor de los servicios prestados, ya que se trata de administrar un patrimonio inmobiliario que se encuentra en régimen de alquiler a terceros y el gasto que supone el sueldo del administrador no puede considerarse equivalente (por ser muy superior en su porcentaje sobre los ingresos) al costo que supondría que un tercero se ocupara de esa administración. También alega que los actores no tuvieron oportunidad hasta el año 2012 de tomar participación en las decisiones de la sociedad, ya que no fue hasta entonces cuando adquirieron la condición de accionistas, lo que fue decisión del administrador de pagarles la legítima hereditaria que les correspondía en la herencia del progenitor común a través de la entrega de participaciones sociales.

SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto

5. Creemos que resulta muy importante, antes de comenzar el examen de las concretas cuestiones que plantea el recurso, hacer una exposición de los hechos que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes. Extraemos el relato de los escritos de alegaciones de las partes, si bien no existe sobre ellos controversia sino que aparecen tácitamente aceptados:

a) Vapor Sampere, S.L. es una sociedad patrimonial de carácter familiar cuya actividad consiste de forma sustancial en la administración de un importante patrimonio inmobiliario (se señala que en 2008 estaba



valorado en una cantidad cercana a los 12 millones de euros), patrimonio que se encuentra en régimen de alquiler a terceros.

b) Las participaciones sociales de Vapor corresponden a los hermanos Narciso Serafina : los demandantes Narciso y Serafina son titulares de un 15,81 % y de un 5,27 % respectivamente, y Epifanio , el administrador de la sociedad, tiene una participación mayoritaria del 73,660 %.

c) El patrimonio de la sociedad procede del patrimonio personal acumulado por el progenitor común de los hermanos Narciso Serafina , el Sr. Abilio , fallecido el 2 de marzo de 2008, dejando como heredero universal a Epifanio , con quien tuvieron que litigar el resto de sus hermanos para conseguir el reconocimiento de sus derechos legitimarios (JO 801/2010, del Juzgado de Primera Instancia 22 de Barcelona). Finalmente, Epifanio pagó la legítima de sus hermanos con participaciones sociales, lo que explica la entrada de estos en la sociedad, hecho que se produjo en 2012.

d) La relación entre los hermanos estuvo marcada por la crisis matrimonial de sus progenitores durante los años 80, con la formación de dos bandos en apoyo de cada uno de los progenitores (Epifanio se alineó con el padre y el resto de los hermanos con la madre).

e) Epifanio , el administrador de Vapor, trabaja en la referida sociedad desde el año 1991, primero con una relación laboral por cuenta ajena (hasta finales de 1992) y finalmente, a partir de 1993 (fecha de la jubilación del padre) pasó a desempeñar funciones de gerente y administrador. En tal calidad se ha ocupado personalmente de la gestión del patrimonio acumulado, lo que incluyó en su día el encargo de obras de rehabilitación y la búsqueda de arrendatarios solventes, así como de todas las gestiones relacionadas con la gestión de los alquileres.

f) Las retribuciones que por ello vino percibiendo el Sr. Epifanio han tenido una continuidad en el tiempo: desde 1993, año en el que percibió 6.342.039 pesetas, pasando por el año 2000 con 9.184.000 pesetas, el año 2005 fue de 69.857,86 euros, el año 2008 de 82.854,66 euros, 92.383,52 euros el año 2009, 92.972,08 el año 2012 y 87.320,30 el año 2013. Por tanto, se puede decir que ha existido una situación de retribución bastante homogénea durante los 20 años anteriores a los acuerdos impugnados.

g) Los ingresos que Vapor tuvo en el año 2012 fueron de 490.276,82 euros y el beneficio de la sociedad fue de 199.504,26 euros. En el año 2013, de 449.062,41 euros los ingresos y 178.914,65 euros los beneficios.

h) Las tareas realizadas por el administrador incluyen tareas administrativas, que comparte con un administrativo contratado en 2012.

TERCERO. Sobre la violación del interés social

6. Como afirma la STS de 7 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9284/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9284) «... 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 .».

7. La misma sentencia del TS que acabamos de referir menciona que, si bien el artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio (hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), parecía 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, STS de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios", y la STS 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"-.

8. 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".

9. «Como recuerda la STS de 7 de diciembre de 2011 , antes citada, « 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 -tan to 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- 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 , son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre , y 770/2011 , de 10 de noviembre -».

10. En el mismo sentido, la redacción actual del art. 204.1 LSC, tras la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre , ha introducido un párrafo 2.º que dispone lo siguiente: «(l)a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios ».

Aunque tal norma no resulte de directa aplicación al caso por razones temporales, sí creemos que tiene una eficacia interpretativa del derecho anterior, en la medida en que el legislador no ha hecho otra cosa que trasladar al texto normativo lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado sobre el concepto de "interés social".

11. En suma, la invocación del "interés social" como objeto de la infracción de los acuerdos sociales constituye un valioso mecanismo de defensa de los intereses de la minoría frente a los posibles abusos en los que hubiera podido incurrir la mayoría al aprobar los acuerdos. Lo que debemos examinar es si los acuerdos impugnados pueden ser considerados contrarios al interés social, como sostienen los recurrentes, lo que es tanto como afirmar, perjudiciales para sus intereses de forma injustificada.

12. La resolución recurrida ha negado de forma tajante que pueda ser cuestionada la retribución fijada al administrador como contraria al interés social con fundamento en que la misma es desproporcionada en comparación con los beneficios al considerar que ello supondría una intromisión intolerable del poder judicial en el devenir de una empresa porque ello sería contrario al principio de libertad de empresa. Nosotros no podemos compartir tal parecer, que deja sin contenido efectivo el concepto de interés social como parámetro de impugnación de los acuerdos. La mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social.

13. Los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios. Y entre los acuerdos a los que con frecuencia se ha aplicado esa doctrina se encuentran precisamente los de fijación de la remuneración del administrador (STS 13 de junio de 2012), particularmente cuando el cargo de administrador sea ostentado por el socio mayoritario, en la medida en que la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital.

14. Por tanto, creemos que resulta imprescindible analizar si la retribución fijada al administrador era proporcionada y ello con independencia de cuál fuera el sistema a través del cual se fije dicha retribución. Y particularmente cuando, como en nuestro caso ocurre, ese sistema deja completa libertad a los socios para fijar su cuantía.

CUARTO. Parámetros a tomar en consideración para determinar si la remuneración fijada era razonable



15. Es cierto, no obstante, que esa capacidad de interferencia que puede ejercitar el juez a la hora de analizar si el acuerdo fijando la retribución del administrador era perjudicial para la minoría no puede sustituir el libre albedrío de los socios, que deriva del principio de libertad de empresa. El control judicial no debe alcanzar a determinar cuál es la retribución razonable, sustituyendo a la voluntad de la junta general, sino que se debe limitar a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad. En definitiva, se trata de un control de mínimos de razonabilidad, no de máximos.

16. Es razonable que se puedan tomar en consideración, a la hora de hacer ese análisis de mínimos, lo que ha venido aconteciendo durante los años anteriores, como ha hecho la resolución recurrida. Los acuerdos impugnados no se han apartado de lo que había venido siendo tónica general durante los veinte años anteriores. Ese es un dato importante que no puede perderse de vista. Ahora bien, tampoco creemos que se trate de un dato definitivo, particularmente cuando las circunstancias se han modificado de forma tan trascendente como ha ocurrido en Vapor. La sociedad había venido siendo, al menos *de facto*, una sociedad unipersonal, manejada a su antojo por el administrador y por su padre, que ostentaban todas las participaciones, y esa situación se modifica cuando, por decisión del propio administrador y socio mayoritario de pagar la legítima de sus hermanos con participaciones sociales, los mismos pasan a ostentar un paquete minoritario en el capital social. Ahora existe una minoría que antes no existía; ese es un cambio muy significativo que no puede ser ignorado al resolver el conflicto que enfrenta a las partes.

17. Un segundo cambio en la situación lo extraemos de la propia argumentación de la sociedad (que entendemos que es la del socio mayoritario). Si bien en la actualidad el patrimonio de la sociedad (constituido por inmuebles en su mayor parte) está encauzado, esto es, está alquilado a terceros y la tarea de la sociedad (y por ende, de su administrador) consiste en sustancia en cobrar las rentas y atender las reparaciones y responsabilidades propias de cualquiera arrendador, previamente fue preciso acometer tareas adicionales, tales como la ejecución de obras de acondicionamiento y la búsqueda de inquilinos. En suma, mientras la carga de trabajo efectivo ha disminuido de forma notable (así lo entendemos nosotros), la retribución se ha mantenido en parámetros similares, y ha seguido aumentado de forma progresiva.

18. En suma, y como conclusión, no creemos que la retribución que el administrador ha venido percibiendo durante los veinte años anteriores sea un parámetro adecuado para excluir que la retribución fijada al administrador en los acuerdos impugnados era o no desproporcionada y, por tanto, podía infringir el interés social y determinar que el acuerdo constituyera un acto de abuso de derecho.

19. No se ha discutido que el objeto social consiste, en sustancia, en la administración del patrimonio inmobiliario que ostenta la sociedad, patrimonio que se encuentra en régimen de alquiler y que a ese fin se aplican tanto el administrador como un administrativo contratado recientemente. Por ello creemos que no es irrazonable el criterio que proponen los recurrentes para juzgar si las retribuciones fijadas son o no desproporcionadas, esto es, acudir a las retribuciones que se abonan en el mercado a los profesionales que se ocupan de una actividad similar, los administradores de fincas. Somos conscientes que el cargo de administrador de una sociedad no se limita a las funciones propias de un administrador de fincas, ya que también incluye otras obligaciones accesorias, tales como las contables y de administración de la sociedad. No obstante, ello no invalida ese criterio, sino que determina que se deba emplear con la prudencia necesaria.

20. El argumento que sostienen los impugnantes, ahora recurrentes, es que las retribuciones de un administrador de fincas están en alrededor de un 5 % de los ingresos procedentes de los inmuebles administrados, mientras que el Sr. Epifanio se ha atribuido unas remuneraciones que están próximas al 20 % de los ingresos (18,96 % en 2012 y 19,44 % en 2013), esto es, son casi cuatro veces superiores.

21. Debemos compartir con los recurrentes que el porcentaje del 5 % suele reflejar en el mercado la retribución de un administrador de fincas. Ello ni siquiera ha sido cuestionado por la recurrida y se trata de un dato de conocimiento común, que no exige mayor esfuerzo probatorio. Aunque no creemos que el mismo deba fijar el límite máximo de las retribuciones del administrador, sí creemos que es un dato valioso para afirmar que un 20 % de los ingresos (alquileres) constituye un porcentaje de retribución desmesurada como retribución del administrador de la sociedad.

22. Creemos que el factor con el que se debe hacer la comparación está más con los ingresos que con los beneficios. Pero si se compara la retribución del administrador con los beneficios, creemos que la conclusión es la misma. Así, en el ejercicio social de 2013 se repartieron dividendos por 199.504,26 euros y en 2014 de solo 125.240,26 euros. Ello significa que el administrador percibió como retribución en 2014 una cantidad que está próxima al importe de los dividendos repartidos, lo que no creemos que sea razonable en el caso de una sociedad como Vapor Sampere, esto es, una patrimonial cuya única actividad es cobrar las rentas de los inmuebles que tiene en su patrimonio.



23. En conclusión, creemos que los acuerdos impugnados son nulos por ser contrarios al interés social.

QUINTO. Costas

24. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

25. Estimada la demanda procede hacer imposición de las costas a la parte demandada, conforme a lo que resulta del art. 394.1 LEC .

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Serafina y Narciso contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 3 de diciembre de 2015 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y en su lugar, con estimación íntegra de la demanda de Serafina y Narciso contra Vapor Sampere, S.L., declaramos nulos los acuerdos fijados en las juntas generales de 4 de junio de 2013 y 14 de junio de 2014 fijando la retribución del administrador.

Imponemos a la demandada Vapor Sampere, S.L. las costas de la primera instancia y no hacemos imposición de las correspondientes al recurso, con devolución del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 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.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.