



Roj: **SJM B 22/2018 - ECLI:ES:JMB:2018:22**

Id Cendoj: **08019470092018100005**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **9**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **354/2017**

Nº de Resolución: **29/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BARBARA MARIA CORDOBA ARDAO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549749

FAX: 935549759

N.I.G.: 0801947120178001135

Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) - 354/2017 - D1

Materia: Demandas de impugnación acuerdos sociales

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES 55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: Carlos Daniel , Mariola

Procurador/a: Carla Suarez Nart, Carla Suarez Nart

Abogado/a: MARIA CARMEN IZQUIERDO RUIZ

Parte demandada/ejecutada: VAPOR SAMPERE SL

Procurador/a: Antonio Nicolas Vallellano

Abogado/a: José Antonio García González

SENTENCIA Nº 29/2018

Magistrada: Bárbara María Córdoba Ardao

Lugar: Barcelona,

Fecha: 24 de enero de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 23 de mayo de 2017 , fue turnada a este juzgado la demanda presentada por Doña CARLA SUÁREZ NART, Procuradora de los tribunales, actuando en nombre y representación de Carlos Daniel Y Mariola



contra la mercantil VAPOR SAMPERE SL en impugnación de los acuerdos sociales adoptados durante la junta general de socios celebrada el día 17 de junio de 2016 .

SEGUNDO. Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la parte demandada quien se opuso a su estimación en tiempo y forma.

TERCERO. El día 11 de diciembre de 2017, a las 10 horas, se celebró la audiencia previa. Tras manifestar ambas partes que no había posibilidad de alcanzar ningún acuerdo, se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos proponiendo la práctica de diferentes medios probatorios de los cuales fueron admitidos los siguientes:

Parte actora: documental por reproducida.

Parte demandada: 1) documental por reproducida; 2) testifical- pericial de Juan María y 3) pericial de Artemio .

CUARTO. El juicio se celebró el día 22 de enero de 2018 , a las 12:30 horas, en el que se practicó la prueba admitida, con el resultado que consta en soporte de grabación audiovisual. A continuación, se concedió la palabra a ambos letrados para informe final. Evacuado el requerimiento, se declaró concluso el acto y visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. En el año 1984 , el Sr. Efrain adquirió la sociedad MONRAS SA, después denominada TEXALMO SA, ARTEX-SAM SA, ARTEX SAM SL, cuya actividad principal era la industria textil. Su hijo, el Sr. Ismael se incorporó a la industria familiar en 1995 , cuando contaba con 23 años de edad (hechos no discutidos y que recogidos en la sentencia dictada por este mismo juzgado de fecha 3 de diciembre de 2015).

Tras la jubilación del Sr. Efrain , fue su hijo Ismael quien asumió la gestión de la compañía, convirtiéndose luego en administrador único de la misma (hecho no controvertido).

SEGUNDO. En el año 1993 , con motivo de la crisis del sector textil, la sociedad VAPOR SAMPERE SL cambió su objeto social reconvirtiéndose en una empresa promotora inmobiliaria, edificó los terrenos de los que era titular y desde el año 2005 , se dedica exclusivamente a alquilarlos (informe emitido por el auditor de cuentas).

TERCERO. Tras el fallecimiento del Sr. Efrain en el año 2008, sus participaciones sociales fueron herederas por sus tres hijos de tal manera que, a fecha actual, los socios de la citada compañía son el Sr. Ismael , titular del 73,660 % del capital social (siendo además la persona que ostenta el cargo de administrador único), el Sr. Carlos Daniel , titular de un 15,81 % y la Sra. Mariola , titular del 5,27 % restante.

CUARTO. Según el art. 22 de los estatutos sociales, el cargo de administrador es retribuido y el mismo consistirá en una asignación fija que será aprobada año tras año por la junta general de socios. En concreto, desde el año 2009 , la retribución del órgano de administración ha sido la siguiente (cantidad en la que están incluidas las cuotas de autónomo):

Ejercicio 2009: 92.383,52 euros (no consta que fuera impugnada)

Ejercicio 2010: 90.692,87 euros (tampoco consta que fuera impugnada);

En el 2011: de 93.421,12 euros (tampoco fue impugnada).

En el 2012, de 92.972,08 euros y en el 2013 de 87.320,30 euros: éstas dos últimas, sí que fueron impugnadas judicialmente por Mariola Y Carlos Daniel al entender que se trataba de un acuerdo abusivo adoptado por el socio mayoritario y administrador único el Sr. Ismael en su propio beneficio.

Mediante sentencia de 3 de diciembre de 2015 este mismo juzgado desestimó la demanda en primera instancia. Sin embargo, la misma fue luego revocada por la sección 15ª de la AP de Barcelona, en sentencia de 12 de septiembre de 2017 , la cual apreció el carácter abusivo de la retribución del órgano de administración. Dicha sentencia no es firme al haber sido recurrida en casación por la parte demandada.

En el año 2014 , se aprobó una retribución para el órgano de administración de 78.738,40 euros. Dicho acuerdo fue nuevamente impugnado por Mariola Y Carlos Daniel por abusivo. Dicha demanda fue desestimada por este juzgado en primera instancia mediante sentencia de 19 de septiembre de 2016 , la cual no es firme al haber sido recurrida en apelación.

Finalmente, en la junta general de 17 de junio de 2016, que es la que ahora se impugna, se adoptaron los siguientes acuerdos:



Acuerdo primero: aprobación de las cuentas anuales, aplicación del resultado y de la gestión del órgano de administración correspondiente al ejercicio 2015 .

Acuerdo segundo: retribución del órgano de administración para el ejercicio 2015 por importe de 78.867,54 euros.

Acuerdo tercero: nombramiento de administrador suplente en la persona de Doña Inmaculada para el caso de cese repentino del administrador en el ejercicio del cargo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Alegaciones

Las presentes actuaciones tienen su origen en la demanda presentada por Carlos Daniel Y Mariola contra la sociedad VAPOR SAMPERE SL por la que solicita se dicte sentencia estimatoria de sus pretensiones y se declare la ineficacia de los acuerdos primero y segundo (tras la aclaración efectuada en el acto de la audiencia previa) adoptados durante la junta general de socios celebrada el día 17 de junio de 2016 , por los siguientes motivos:

Acuerdo primero:

a) Cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2015:

Impugnan los actores dichas cuentas por dos motivos:

a.1. Por vulneración del derecho de información del socio: pues el administrador sólo les proporcionó una copia de las cuentas anuales no así del resto de documentación contable que habían solicitado la cual les fue solamente exhibida.

a.2. Porque las cuentas anuales no reflejan la imagen fiel de la compañía al no ajustarse a los principios y criterios contables. Así:

- No siguen el criterio del devengo. Mientras que el cierre del ejercicio se hace a 20 de diciembre de cada año, en las cuentas anuales se computan los gastos hasta el 31 de diciembre.

- Las pólizas de seguro no se periodifican.

- Hay una errónea aplicación de tipos impositivos.

- Por falta de información en las cuentas anuales de que existen pasivos contingentes fiscales.

- Se incluyen como gastos, los honorarios de abogados y procurador cuando son ajenos a la actividad de la compañía.

b) Gestión del órgano de administración:

- Por infracción de principios contables y errónea aplicación de tipos impositivos, lo que ha motivado sanciones por la AEAT a la compañía.

Acuerdo segundo:

c) Retribución del órgano de administración para el ejercicio 2015 por importe de 78.867,54 euros al entender que es un acuerdo abusivo, adoptado por la mayoría del capital social en su propio beneficio, cuando es desproporcional al trabajo realizado.

d) Por no haberse abstenido en la votación el socio mayoritario y administrador único de la compañía, pese a existir conflicto de intereses.

Acuerdo tercero:

Relativo a la aprobación de un administrador suplente para el caso de cese inmediato del administrador, si bien es cierto que en el suplico de la demanda se interesa su ineficacia, en ningún pasaje del escrito rector se alega ni justifica cuál es el motivo de su impugnación. Preguntado sobre este extremo al letrado de la parte actora en el acto de la audiencia previa, reconoció que dicho acuerdo no era objeto de impugnación de ahí que esta sentencia se limite al estudio de los motivos de impugnación invocados para los acuerdos primero y segundo.

La parte demandada se opone a su estimación por los siguientes motivos:

En cuanto al acuerdo primero:

a) Cuentas anuales:



1.- Niega que se haya vulnerado el derecho de información del socio. La sociedad sólo tiene obligación de entregar al socio una copia gratuita de los documentos que van a ser sometidos a su aprobación, en este caso, de las cuentas anuales y del informe de auditoría, no así del resto de documentación contable que le sirve de soporte, bastando a tal efecto su exhibición, cosa que la compañía cumplió.

2.- Las cuentas anuales sí que reflejan la imagen fiel de la empresa, hecho que ratifica el auditor de cuentas de la compañía en su informe.

b) Gestión del órgano de administración:

1.- El administrador ha efectuado una correcta gestión de la compañía, la cual ha mantenido su actividad y cifra de negocio pese a la crisis económica y financiera que atravesó el sector inmobiliario. Asimismo, en contra de lo que se afirma en la demanda, niega haber aplicado erróneamente ningún tipo de impositivo ni que la AEAT haya sancionado a la compañía VAPOR SAMPERE por tal motivo.

Acuerdo segundo:

a) Retribución del órgano de administración:

1.- Niega que sea un acuerdo abusivo, siendo acorde con el art. 22 de los estatutos el cual fija, a favor del administrador, una retribución fija, no supeditaba a las variaciones que experimenten los beneficios de la sociedad ni el valor de sus activos. De hecho, la retribución aprobada para el ejercicio 2015, es inferior a la de años anteriores y sigue la misma tónica que las retribuciones que se han ido aprobando durante los últimos 20 años.

2.- Por último, aporta una prueba pericial para tratar de acreditar que dicha retribución es ajustada al valor de mercado, a las funciones que el administrador social realiza para la compañía y a su responsabilidad.

SEGUNDO. Vulneración del derecho de información del socio.

El art. 204 LSC ha sido objeto de una profunda modificación por la ley 31/2014, la cual abandona la antigua distinción entre acuerdos nulos y anulables por la de acuerdos impugnables y no impugnables y la de acuerdos nulos por ser contrarios al orden público.

En principio, son impugnables los acuerdos adoptados por la junta general de socios contrarios a la ley, a los estatutos, al reglamento de la junta o al interés social (apartado primero). Por contra, no serán impugnables (apartados 2 y 3):

1) Los acuerdos que hayan sido sustituidos o dejados válidamente sin efecto por otros posteriores, tanto si se han adoptado antes de la interposición de la demanda como después de la misma (en este caso, comportará el archivo del procedimiento);

2) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

3) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

4) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

5) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

A tales supuestos, habría que añadir otro, el previsto en el art. 197 LSC, como es la imposibilidad de impugnar los acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio ejercitado durante la junta, sin perjuicio del derecho del socio a exigir una indemnización por daños y perjuicios y, en su caso, exigir la exhibición de la documentación incompleta o no facilitada.

Aplicando cuanto antecede al caso de autos, en la medida en que la parte actora no discute que el órgano de administración le hizo entrega de una copia gratuita de los documentos que iban a ser sometidos a su aprobación (cuentas anuales e informe del auditor) y que le exhibió y permitió consultar los documentos contables que sirvieron de base para elaborar las cuentas anuales, este juzgador no puede sino declarar que



se dio plena satisfacción al derecho de información del socio, el cual no olvidemos, que no es un derecho ilimitado.

Es más, con arreglo a la nueva normativa, en principio, los acuerdos sociales no son impugnables por vulneración del derecho de información del socio correspondiendo al actor la carga de alegar y probar qué información de la que pidió no le fue suministrada o era incorrecta o incompleta y por qué era esencial o relevante para poder ejercitar su derecho de voto. En la demanda, no se hace mención alguna sobre tales extremos centrandolo su impugnación al hecho de que no se le hubiera facilitado una copia de la documentación contable de base cuando ya hemos visto que el administrador social no estaba obligado a ello, sino a facilitar simplemente su consulta tal como hizo.

Por lo expuesto, debe desestimarse este motivo de impugnación.

TERCERO. Impugnación de las cuentas anuales por no reflejar la imagen fiel de la compañía.

Una de las obligaciones más importantes que tiene el órgano de administración de una compañía es la llevanza de la contabilidad para lo cual, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del último ejercicio, deberá formular las cuentas anuales, informe de gestión y propuesta de aplicación de resultados, así como en su caso, las cuentas e informe de gestión consolidados, tal como exige el Art. 253 LSC y someterlos a la aprobación de la junta general de accionistas en el plazo de los seis primeros meses del ejercicio. Tales cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria formando tales documentos una unidad, debiendo ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en la propia LSC y Código de Comercio (Art. 254 LSC en relación con el Art. 34 Cocom).

Salvo aquellos supuestos excepcionados por la ley, las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión, deberán ser revisados por un auditor de cuentas (Art. 263 LSC) quien comprobará si tales documentos ofrecen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio anterior (Art. 268 LSC). Es más, en aquellas empresas que no tengan obligación de designar a auditor, cualquier socio titular de más del 5 % del capital social, podrá solicitar su nombramiento por el Registro Mercantil para auditar las cuentas de un determinado ejercicio.

El informe del auditor deberá contener alguno de los siguientes pronunciamientos:

Opinión favorable: el auditor expresa que las cuentas anuales reflejan la imagen fiel de la compañía y que los criterios y principios contables aplicados son correctos.

Opinión favorable pero con salvedades o reservas: el auditor expresa que las cuentas anuales reflejan la imagen fiel de la compañía si bien ha detectado algunas partidas que no se ajustan a criterios y principios contables y que deben ser corregidas.

Opinión desfavorable: cuando las salvedades o limitaciones detectadas afectaren de manera "muy significativa" a las cuentas anuales de tal modo que las mismas no reflejan la imagen fiel de la empresa.

Opinión denegada: cuando el auditor no ha tenido la evidencia necesaria para formarse una opinión acerca de si las cuentas anuales, tomadas en su conjunto, reflejan o no la imagen fiel de la compañía. La denegación de opinión puede deberse principalmente a limitaciones al alcance de la auditoría (impuestas por el cliente o por las circunstancias) o bien, incertidumbres de importancia y magnitud significativas que impiden al auditor formarse una opinión. Lo que sí el auditor no podrá acudir a la vía de la denegación de opinión para tratar de eludir su responsabilidad.

En el caso de autos, en la medida en que las cuentas anuales de la compañía que ahora se impugnan fueron auditadas por el Sr. Juan María , quien emitió un informe favorable tras verificar que reflejaban la imagen fiel de la compañía, este juzgador no dispone de elemento de juicio técnico ni contrapericial para poner en tela de tales conclusiones, debiendo la parte actora soportar las consecuencias jurídicas de la falta de prueba (art. 217 LEC).

Es más, los motivos en los que se sustenta la demanda para fundar que las cuentas anuales no reflejan la imagen fiel, fueron plenamente desacreditados por el auditor de cuentas de la compañía por los siguientes motivos:

1. El plan general contable simplemente da unas pautas, normas o reglas para una correcta llevanza de la contabilidad. Ahora bien, ello no quiere decir que si se aplica un criterio contable distinto, que las cuentas,



per se, que ya no reflejen la imagen fiel de la compañía. Lo importante es que en la memoria se explique qué criterio se ha seguido y por qué.

2. En cuanto a las sanciones tributarias, el auditor niega que existan tales sanciones, tratándose de meras manifestaciones de parte que no se corresponden con la realidad. Asimismo, ratifica que la partida correspondiente a obligaciones fiscales fue correctamente contabilizada.

3. Respecto a los seguros, cierto es que lo correcto sería periodificar el pago de las primas en lugar de imputar un pago único en un solo ejercicio. Si bien, según el auditor, se trata de un error irrelevante que apenas tiene impacto en el resultado de las cuentas anuales pues éste quedaría reducido al incremento que experimenten las primas cada año, cantidad que es insignificante. Tal es así que ni siquiera lo incluyó como salvedad en su informe de auditoría.

4. Por último, considera el auditor correcto contabilizar como gastos de la compañía, los honorarios de abogados y procuradores por los servicios prestados para la defensa de la compañía en los distintos pleitos de los que es parte.

Por lo expuesto, procede desestimar tal motivo de impugnación.

CUARTO. Impugnación de la gestión del órgano de administración

Impugna la parte actora el acuerdo relativo a la gestión del órgano de administración del ejercicio 2015 "por no haber aplicado correctamente los criterios contables ni tipos impositivos".

Procede su desestimación, habiendo manifestado el auditor de cuentas de la compañía que tales aseveraciones no se corresponden con la realidad. En primer lugar, reitera que las cuentas anuales sí que reflejan la imagen fiel de la empresa y se ajustan a los principios y criterios contables recogidos en el plan general contable. Asimismo, afirma que la compañía cumple puntualmente sus obligaciones fiscales, lo cual no es óbice para que en algún momento puedan surgir discrepancias entre la sociedad y la AEAT respecto al tipo impositivo a aplicar. Con todo, niega que a fecha actual, exista ningún procedimiento sancionador iniciado por la AEAT contra la compañía por tal motivo, como erróneamente se afirma en la demanda.

Por último y a nivel puramente dialéctico, aunque las afirmaciones que se vierten en la demanda fueran ciertas, ello tampoco justificaría la impugnación del acuerdo social relativo a la aprobación de la gestión del órgano de administración en el cual se trata de valorar la gestión realizada en su conjunto y no actos concretos, sin perjuicio del derecho de los socios de ejercitar, en su caso, la acción social de responsabilidad. En este caso, tanto el Sr. Juan María como el perito Sr. Artemio coinciden en la buena gestión del administrador social quien ha venido cumpliendo de manera diligente las obligaciones propias del cargo, tal es así que ha conseguido mantener la rentabilidad del negocio durante estos últimos años a pesar de la dura crisis económica que se inició en el año 2007 y que azotó de manera muy especial al sector inmobiliario.

QUINTO. Retribución del órgano de administración

Lo primero que quiero destacar es que tengo muy presente el contenido de la sentencia dictada por la sección 15ª de la AP de Barcelona, en fecha 12 de septiembre de 2017, la cual revoca en segunda instancia, la sentencia dictada por este juzgador en fecha 3 de diciembre de 2015, y que declara la nulidad del acuerdo segundo adoptado por la junta general de socios de la mercantil VAPOR SAMPERE SL relativo a la retribución del órgano de administración para los ejercicios 2012 y 2013 por considerarla abusiva. Ahora bien, en la medida en que se trata de una sentencia aislada, que todavía no es firme al haber sido recurrida en casación por la parte demandada, que la misma se basa en una normativa distinta a la que ahora está en vigor, que en aquél procedimiento ninguna de las partes habían aportado un dictamen pericial sobre valoración de puestos de trabajo a diferencia de este pleito y que dicha sentencia además, pudiera contradecir el criterio adoptado por la propia sección en su sentencia de 8 de mayo de 2013 y la STS de 9 de abril de 2015, justifica que me aparte del criterio adoptado por la instancia superior, sin perjuicio, claro está, del respeto que siempre me merecen sus resoluciones y cuyo cumplimiento acato.

Lo segundo que procede aclarar es que por el hecho de que el administrador único sea a su vez el socio mayoritario, no le priva de su derecho a votar en junta cuando se trata de decir sobre su retribución, tal como establece ahora el art. 190 LSC. Cosa distinta es que si el acuerdo es impugnado por la minoría por abusivo, se produce una inversión de la carga de la prueba correspondiendo a la sociedad la carga de acreditar que ese acuerdo no es perjudicial para el interés social.

Entrando ya en análisis del fondo del asunto, conviene recordar, tal como dispone el art. 217.1 LSC, que el cargo de administrador es gratuito, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, debiendo en este caso establecer cuál es el sistema de retribución elegido. En concreto, a tenor del citado precepto, la retribución podrá consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes sistemas:



- a) una 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, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

El art. 217.4 LSC establece también que cualquiera que sea la forma de remuneración aprobada, deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Por último, el Artículo 218 LSC también reconoce la posibilidad de que la retribución sea con cargo a beneficios siempre que concurren una serie de requisitos:

1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.
2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

En el caso de autos, el art. 22 de los estatutos sociales dispone lo siguiente:

"El cargo de administrador será retribuido. La retribución consistirá en una cantidad fija que determinará cada ejercicio la junta general".

Es decir, desde el inicio de la vida societaria, los socios quisieron que el cargo de administrador fuera retribuido y, además, que dicha retribución consistiera en una asignación fija anual, desvinculada de los cambios en el accionariado, de los beneficios, de los posibles cambios en el patrimonio neto de la compañía y de la valoración de sus activos, sistema de retribución perfectamente lícito y reconocido en el art. 217.1 letra a) LSC. Ciertamente es que los estatutos podrían ser más concisos y fijar un importe concreto o, al menos, algún parámetro de referencia o tope máximo. Ahora bien, pese a ello, la cláusula estatutaria es perfectamente válida pues establece un sistema de retribución claro como es la asignación de una cantidad fija, tal como concluye la STS de 9 de abril de 2015, en un caso similar al que ahora nos ocupa. Reproduzco a continuación los fundamentos jurídicos de la citada sentencia:

1. La retribución de los administradores debe venir determinada en los estatutos sociales, de acuerdo con lo previsto en los arts. 217, 23.e) LSC y art. 124.3 RRM que prevén que se fije un "sistema de retribución" en los mismos. Aún no siendo aplicable al presente supuesto por razones temporales, el sistema retributivo ha sido ampliamente modificado, a la vez que mejor determinado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno corporativo (en adelante, Ley 31/2014), concretamente el art. 217 LSC (remuneración de los administradores). Tal exigencia, que opera también como tutela para los administradores, tiene por finalidad principal, como señala la STS 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, potenciar la máxima información a los accionistas, presentes y futuros, a fin de facilitar el control de la actuación de aquéllos, dada la contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en aminorar los gastos y los de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles.

Por sistema de retribución puede entenderse el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución. La LSC concede un amplio margen de libertad para fijar en los estatutos el sistema de retribución. A pesar de expresarse la norma reglamentaria en singular, nada se opone para que el sistema revista una cierta



complejidad o sistemas mixtos como así lo ha señalado esta Sala, entre otras sentencias, la más reciente, la STS 411/2013 , de 25 de junio , siguiendo las SSTS 893/2011 , de 19 de diciembre , 25/2012 de 10 de febrero y 441/2007 , de 24 de abril , fijando como doctrina según la cual "[s]e deja a los redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas...). Y como sostiene la STS 1147/2007 , de 21 de octubre , debe atenderse al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad, con motivo de su cese", pues, como señala la STS 441/2007 , de 24 de abril , su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión" .

Solo la retribución mediante el sistema de participación en beneficios para las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada y el consistente, para las primeras, en la entrega de acciones o de derechos sobre acciones (stock options) ha merecido una especial atención, en los arts. 218 y 219 LSC (hoy modificados por la Ley 31/2014 , apartados 11 y 12).

Sin embargo, para las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 217.2 LSC fijaba un sistema determinado, pero alternativo, "cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General de conformidad con lo previsto en los estatutos".

La Ley de Sociedades de Capital hasta la promulgación de la Ley 31/2014 , no se había preocupado de regular la retribución de cada uno de los administradores, en función de las responsabilidades atribuidas. Tan solo el art. 124.3 del RRM , señalaba que, salvo disposición contraria de los estatutos, la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos, posibilidad que, con frecuencia, se encomendaba al Consejo de administración, con base en su competencia para regular su propio funcionamiento (art. 245.2 LSC), sin perjuicio de que los estatutos puedan fijar criterios generales sobre los que acordar el reparto retributivo.

Se completa la información sobre la retribución de los administradores con el art. 260 LSC, según el cual, "la memoria deberá contener, además de las indicaciones específicamente previstas por el Código de Comercio , por esta ley, y por los desarrollos reglamentarios de éstas, al menos, las siguientes: (...) Novena.- El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo-".

2. En el presente caso, el sistema de retribución de los administradores previsto en el art. 28 de los estatutos sociales de Textiles Atenea, S.A. ha sido considerado por la sentencia recurrida de "imprecisa" y "vaga", pues, invocando la Resolución de la DGRN de 17 de febrero de 1992 , se requiere que el sistema de remuneración que pueda aplicarse esté definido en los estatutos de forma "clara" e "inequívoca" .

Ciertamente la Ley exige que, además de la constancia retributiva de los administradores en los estatutos, el sistema de remuneración sea claro y preciso, y los términos del art. 28 del ordenamiento estatutario de la recurrente lo son: "[e]l órgano de administración será retribuido, consistiendo la retribución en una cuantía fija de dinero, en concreto de servicios prestados determinada anualmente por la junta general de accionistas" . Por un lado, no deja lugar a dudas de que se fija un sistema de retribución, "una cantidad fija de dinero", y por otro, un procedimiento para su determinación, "por acuerdo de la junta general fijado anualmente". Es verdad que el precepto estatutario podía haber sido más concreto, completando la determinación de la cuantía con unos criterios generales que sirvieran de base para su fijación, no tanto en interés de los accionistas sino en interés de los propios administradores.

Pero obsérvese que en las consideraciones que preceden en el apartado 1 de este fundamento destacamos que el art. 217.2 LSC establecía para las sociedades limitadas un sistema análogo al previsto en el art. 28 de los estatutos de Textiles Atenea, S.A. cuando la retribución no está vinculada a la participación en beneficios: "[l]a remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general" . También, la OM JUS/3185/2010 , de 9 de diciembre de 2010 por la que se aprueban los estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada recoge como opción válida para fijar el sistema de retribución el de la "cuantía fija determinada por la Junta General para cada ejercicio económico" (art. 9.2º a). Por tanto, el sistema retributivo denunciado en la impugnación de acuerdos sociales a que se contrae el presente recurso ni puede ser tildado de impreciso y vago, ni de equívoco o poco claro. Aunque el precepto legal era aplicable para las sociedades limitadas porque los sistemas de retribución eran más reducidos para este tipo social, no por ello la fórmula empleada en el precepto estatutario examinado dejaba de ser inequívoca por el hecho de tratarse



de una sociedad anónima que, además, en el presente caso, es de base cerrada y de carácter familiar. La Ley 31/2014, ha sancionado el sistema previsto en los estatutos de la sociedad recurrente.

El sistema de retribución acordado, está en línea con la corriente doctrinal que fijamos en las SSTS reproducidas al comienzo de este fundamento, esto es, dejar a los "redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema de retribución (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas...)" (SSTS 893/2011, de 19 de diciembre, 25/2012 de 10 de febrero, y 441/2007 de 24 de abril). También, la más reciente doctrina de la DGRN, ha seguido el mismo criterio de declarar la validez del sistema retributivo consistente en la cantidad que fije la junta general en cada ejercicio (Resoluciones de la DGRN de 15 de abril de 2000, 19 de marzo de 2001, y 12 de abril de 2002, si bien ésta última hace referencia a que los estatutos fijen también unos criterios o líneas básicas).

El motivo se estima".

Lo que habrá que analizar a continuación es si la retribución aprobada para el órgano de administración para el ejercicio 2015 se ajusta o no, a esa previsión estatutaria. Para ello, lo primero que hay que hacer es acudir al histórico de retribuciones para comprobar si éstas se han mantenido estables a lo largo de los años o bien, si han aumentado de manera injustificada coincidiendo con la entrada de los dos nuevos socios en la compañía.

De la prueba practicada se alcanza la conclusión de que la retribución aprobada para el administrador para el ejercicio año 2015, es acorde a la política retributiva mantenida en años anteriores y no ha habido ningún aumento sorpresivo en ella. De hecho, es incluso inferior a la de otros años que no fueron impugnados. A modo de ejemplo, la retribución aprobada para el ejercicio 2009 (que no consta que fuera impugnada), fue de 92.383,52 euros; La del año 2010, de 90.692,87 euros (tampoco consta que fuera impugnada); En el 2011, de 93.421,12 euros (tampoco impugnada), en el 2012 de 92.972,08 euros, en el 2013 de 87.320,30 euros, en el 2014 de 78.738,40 euros y en el 2015, de 78.867,54 euros. Ciertamente es que las retribuciones aprobadas para el año 2012, 2013 y 2014 han sido impugnadas si bien, no hay todavía sentencia firme en los procedimientos judiciales que las han analizado.

Una vez que hemos concluido que la retribución ha seguido una evolución constante, lo siguiente que hay que ver es si la misma cumple los parámetros del art. 217 LSC, es decir, si "guarda una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables".

En cuanto al primero de ellos, hay que decir que estamos ante una compañía que gestiona un patrimonio considerable, de unas 60 fincas y una facturación anual de medio millón de euros aproximadamente, parámetros que se han mantenido constantes a lo largo de los años sin apenas diferencias. Por tanto, se puede decir que la retribución aprobada para el ejercicio 2015 de 78.867,54 euros (incluidas las cuotas de autónomo) guarda relación con la importancia de la compañía y con la situación económica de ésta.

Por esta misma razón, también se puede concluir que esa retribución no pone en peligro la situación financiera y económica de la empresa ni su sostenibilidad ni a corto ni a medio plazo. Hasta el punto que no es un hecho controvertido que durante los últimos años y también en el ejercicio 2015, se han ido repartiendo anualmente dividendos entre los socios justamente, gracias a los buenos resultados de la compañía.

Por otro lado, desde hace años, el Sr. Ismael es el único trabajador de la empresa, no habiendo externalizado ningún servicio, siendo la persona que se dedica a la gestión y administración diaria de la compañía, quien toma las decisiones estratégicas importantes, lleva personalmente la contabilidad, las obligaciones fiscales y laborales, la contratación con terceros, control de impagos, incoación de los procedimientos judiciales necesarios para desahuciar a aquellos inquilinos que no están al corriente de pago de los alquileres al ostentar la profesión de abogado), quien resuelve las incidencias que puedan surgir del alquiler de las viviendas y de los locales, quien decide si se tienen que acometer obras de reformas o de rehabilitación, seguros, etc. funciones y responsabilidades que no han variado con el paso de los años. Es más, el perito Sr. Artemio quiso destacar la importancia decisiva que ha tenido para la buena marcha de la compañía, la experiencia acumulada a lo largo de los años por el administrador social, habiendo sabido gestionar, explotar y rentabilizar el patrimonio de la compañía pese a la dura crisis económica que azotó de manera especial al sector inmobiliario lo cual es lógico que tenga su reflejo a nivel retributivo.

Pero la prueba más importante y decisiva para este juzgador es la aportada por la demandada consistente en el dictamen pericial del Sr. Artemio quien valora el puesto de trabajo del Sr. Ismael y concluye que la retribución aprobada para el ejercicio 2015 se ajusta al valor de mercado y está en la medida de lo que vienen pagando



en Catalunya otras empresas similares a la demandada, sin que la actora por el contrario, haya aportado otra contrapericial para rebatir tales conclusiones. No desconoce este juzgador que el criterio por el que se decanta la AP de Barcelona en su sentencia de 12 de septiembre de 2017 para declarar abusiva la retribución del administrador para los ejercicios 2012 y 2013 es aplicar máximas de experiencia y equiparar el trabajo de un administrador de una sociedad patrimonial que se dedica al alquiler de viviendas al trabajo de un API. Sin embargo, tal conclusión es desvirtuada por el perito quien manifiesta que no es correcta tal comparación en la medida en que las funciones y responsabilidades de uno y de otro son diferentes lo cual tiene su reflejo necesariamente en el importe de las retribuciones. Por ello, este juzgador debe estar al criterio del experto.

Por último, la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 8 de mayo de 2013, en un caso similar al que ahora nos ocupa, declaró la validez de un acuerdo social que aprobaba una retribución fija por importe de 90.000 euros para el administrador y 30.000 euros en concepto de dietas, al entender que era acorde con el sistema retributivo fijado en los estatutos, de redacción muy similar al art. 22. Dice así:

"TERCERO. Debe dejarse constancia de que el acuerdo objeto de impugnación no contraviene el art 130 de la LSA que solo establecía que la retribución de los administradores será la establecida en los estatutos sociales y, en el caso, éstos establecen, en su art 29, que la retribución de los trabajos que realicen los componentes del consejo de administración y consejeros delegados consistirá en una retribución fija que será asignada para cada ejercicio por la junta general en función de la dedicación y productividad.

En primer lugar, tal y como observa la sentencia impugnada, debe indicarse que la retribución asignada es la misma que se venía percibiendo (incluidos los propios actores cuando fueron vocales del consejo), como se desprende del doc. 2 (f.240) de la contestación a la demanda consistente en un email remitido por el actor Hermenegildo al gestor de la sociedad y de los modelos fiscales y nóminas aportados en los que se aprecia que los actuales administradores han tributado por unas cantidades similares a las que se percibían con anterioridad. De ahí, concluyó correctamente el juez mercantil, que esos actos propios impidan que prospere, desde esa perspectiva, la impugnación por desproporcionalidad en la fijación de retribuciones.

En segundo lugar, la sentencia apelada, también razonadamente, indicó que los importes fijados en el acuerdo no resultaban desproporcionados objetivamente ya que en el informe elaborado por una empresa consultora (doc 13 de la contestación, fs.292 a 384) se concluye que las retribuciones establecidas son inferiores a la media del sector."

En suma, de la prueba documental y pericial practicada en este proceso este juzgador no puede sino alcanzar la conclusión de que el acuerdo social que fija la retribución para el órgano de administración para el ejercicio 2015 no es abusivo, sino que se ajusta al art. 22 de los estatutos y a los criterios y parámetros que prevé el art. 217 LSC. Que pudieran existir otras formas de retribución más "justas" o mejores, escapa de lo que puede ser objeto de control y fiscalización por parte de este juzgador pues estaría conculcando el principio de libertad de empresa fundamental dentro de una economía de mercado (art. 38 de la CE). Todo ello sin perjuicio, repito, de que los socios puedan plantear, a través de los mecanismos societarios legalmente establecidos, una modificación de los estatutos si consideran que hay otros sistemas de retribución que se adaptan mejor a las necesidades de la compañía y de los propios socios o para fijar unos parámetros o límites a esa retribución fija.

Por todo ello, procede la íntegra desestimación de la demanda.

SEXO. Costas

Pese a haber sido íntegramente desestimada la presente demanda, no condeno en costas a ninguna de las partes, habida cuenta las dudas de derecho que se plantean, en especial, atendiendo a la decisión adoptada por la AP de Barcelona, sección 15ª, en sentencia de 12 de septiembre de 2017, la cual declaró entre las mismas partes litigiosas, que la retribución aprobada para el órgano de administración de los ejercicios 2012 y 2013 era abusiva.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por Carlos Daniel Y Mariola contra la sociedad VAPOR SAMPERE SL, por lo que declaro la validez de los acuerdos adoptados en la junta general de socios celebrada el día 17 de junio de 2016, sin condena en costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y el modo de su impugnación.



MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta sentencia cabe recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS (artículo 455 LEC).

Para la impugnación de esta resolución será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitida a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta del Expediente de este Juzgado abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 5080/0000/00/número de autos/año, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un «Recurso» código 02 Civil-Apelación (50 €). La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (disposición adicional 15ª de la LOPJ). Las instrucciones completas para la realización del ingreso constan en la página oficial del Ministerio de Justicia: www.mju.es

Asimismo será preciso acreditar el pago de la correspondiente tasa judicial estatal y autonómica.

Protección de datos: De acuerdo con lo establecido por la L.O. 15/1999 , de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, las partes quedan informadas y aceptan la incorporación de sus datos a los ficheros jurisdiccionales existentes en este Juzgado, donde se conservarán con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones que se deben cumplir obligatoriamente. Su finalidad es llevar a cabo la tramitación del presente procedimiento judicial. El responsable del fichero es este Juzgado de lo Mercantil. Se advierte a las partes que los datos contenidos en las comunicaciones que se efectúen en este procedimiento y en la documentación que se adjunte son confidenciales, quedando prohibida su trasmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.