



Roj: **SJM PO 3493/2018 - ECLI:ES:JMPO:2018:3493**

Id Cendoj: **36038470022018100015**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **2**

Fecha: **27/11/2018**

Nº de Recurso: **268/2017**

Nº de Resolución: **144/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **NURIA FACHAL NOGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 2 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00144/2018

XULGADO MERCANTIL Nº2 DE PONTEVEDRA.

C/ROSALIA DE CASTRO N.5 PLANTA 3

Teléfono: 986805268-986805269,

Fax: 986805270

Equipo/usuario: JR Modelo: N04390

N.I.G.: 36038 47 1 2017 0000443

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000268 /2017 -P

Procedimiento origen: /

Sobre SOCIEDADES

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. Eutimio , Berta

Procurador/a Sr/a. JORGE IGNACIO FREIRE RODRIGUEZ, JORGE IGNACIO FREIRE RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a. MARIA TERESA LORENZO TARRIO, MARIA TERESA LORENZO TARRIO

DEMANDADO D/ña. Clemencia

Procurador/a Sr/a. MARIA DEL ROSARIO CASTRO CABEZAS

Abogado/a Sr/a. JUAN CRISOSTOMO ARESES TRAPOTE

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

Dña. NURIA FACHAL NOGUER, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº144 /2018

En Pontevedra, a 27 de noviembre de 2018.

Vistos por Dña. NURIA FACHAL NOGUER, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra, los autos del Juicio Ordinario 268/17-P, sobre ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, en el que son partes los demandantes Berta y Eutimio , asistidos por la Letrada Sra. Lorenzo Tarrío y representados por el Procurador Sr. Freire Rodríguez, y la demandada Clemencia , asistida por el Letrado Sr. Areses Trapote y representada por la Procuradora Sra. Castro Cabezas.

ANTECEDENTES DE HECHO



1.- En fecha 17 de octubre de 2017 la representación procesal de Berta y Eutimio presentó demanda de Juicio Ordinario contra Secundino, en la que interesaba que se dictase sentencia en la que se condene a la demandada a reintegrar a la sociedad las cantidades percibidas en concepto de retribución correspondientes al ejercicio 2012 por importe de 49.07688 euros.

2.- La demandada contestó a la demanda con oposición en la que se afirma que la demandada percibió en concepto de retribuciones en el ejercicio 2012 un total de 43.07688 euros; se niega su carácter desproporcionado y su falta de justificación, pues la demandada ha desarrollado las tareas propias de la gestión y administración social. Los Estatutos prevén el carácter retribuido del cargo de administrador social; es cierto que la Junta general no fijó el importe de la retribución que habría de percibir la administradora para el ejercicio 2012 pero ello se debió a un error del asesor que, en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 30 de diciembre de 2015 no se incluyó en la propuesta sometida a votación y aprobación de la Junta la retribución ya percibida en el ejercicio 2012.

3.- Se citó a las partes al acto de la audiencia previa, que tuvo lugar el día 19 de junio de 2018. A dicho acto comparecieron las partes, debidamente asistidas y representadas.

Las partes propusieron prueba documental, interrogatorio de parte, testifical y pericial.

El acto del juicio se celebró los días 18 de septiembre de 2018 y 20 de noviembre de 2018. En él se procedió a la práctica de los medios de prueba admitidos en la audiencia previa.

Formuladas las conclusiones, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes Berta y Eutimio ejercitan una acción social de responsabilidad frente a Clemencia en su condición de administradora única de CONCENTRIC S.A. e interesan la condena de la demanda a reintegrar a la sociedad las cantidades percibidas en concepto de retribución correspondientes al ejercicio 2012 por importe de 49.07688 euros.

La demandada fue nombrada administradora única de CONCENTRIC S.A. en fecha 27 de diciembre de 2010 y ostentó el cargo hasta el día 22 de diciembre de 2015. Se afirma en la demanda que, mientras Clemencia ostentó el cargo de administradora social, retiró fondos de la sociedad por importe de 49.07688 euros en concepto de retribución correspondiente al ejercicio 2012. Lo que ocurre es que se han conculcado las previsiones de los Estatutos sociales, ya que se prevé el carácter retribuido del cargo pero la cantidad consistirá en la suma que para cada ejercicio económico se determine por parte de la Junta General: la única retribución propuesta y acordada lo fue en la Junta General celebrada el día 27 de diciembre de 2010 para el ejercicio 2011. No existe acuerdo de la Junta General que fije las retribuciones que podrá percibir la administradora social para el ejercicio 2012.

La demandada contesta a la demanda y afirma que la demandada percibió en concepto de retribuciones en el ejercicio 2012 un total de 43.07688 euros y no la cantidad de 49.07688 euros que se indica en la demanda; se niega su carácter desproporcionado y su falta de justificación, pues la demandada ha desarrollado las tareas propias de la gestión y administración social. Los Estatutos sociales prevén el carácter retribuido del cargo de administrador social; es cierto que la Junta general no fijó el importe de la retribución que habría de percibir la administradora para el ejercicio 2012 pero ello se debió a un error del asesor que, en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 30 de diciembre de 2015, no incluyó en la propuesta sometida a votación y aprobación de la Junta la retribución ya percibida en el ejercicio 2012.

SEGUNDO.- En el presente supuesto, la controversia se ciñe a la concurrencia de los presupuestos legales a los que se supedita la estimación de la acción social de responsabilidad que se ha entablado frente a la que fue administradora única de CONCENTRIC S.A. La conducta antijurídica que se imputa a la administradora demandada consiste en la percepción de retribuciones que son calificadas en la demanda de "ilícitas", habida cuenta que no se han cumplido las previsiones que se establecen en los Estatutos sociales y que habilitarían a la demandada para su percepción.

Así, el artículo 14 de los Estatutos sociales establece el carácter retribuido del cargo de administrador y dispone a continuación que la retribución consistirá en una cantidad fija para cada ejercicio económico que será determinada anualmente por la Junta General.

Es hecho no controvertido que, por lo que respecta al ejercicio 2012, no se recabó el acuerdo de la Junta General en el que se fijase la cantidad que podría percibir la demandada en concepto de retribución por el desempeño del cargo de administradora social. En la contestación a la demanda se reconoce la veracidad de este hecho, aunque a continuación se afirma que la ausencia de acuerdo de la Junta general en los términos requeridos por



los Estatutos se debió a un error del asesor de la sociedad que, en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 30 de diciembre de 2015, no incluyó en la propuesta sometida a votación y aprobación de la Junta la retribución ya percibida por la administradora en el ejercicio 2012.

Sobre la base de estos hechos y ante la previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador social, se sostiene en el escrito de contestación a la demanda que no se cumplen los presupuestos legales para la estimación de la acción social de responsabilidad: se niega la concurrencia del daño al patrimonio social, ya que los estatutos disponen que el cargo es retribuido, por lo que el incumplimiento del requisito formal de la fijación de la retribución por parte de la Junta General no puede ser considerado de magnitud suficiente para privar a la administradora social del derecho a percibir una retribución por el desempeño del cargo. En todo caso, se niega la manifestación contenida en la demanda acerca del carácter desproporcionado de las retribuciones percibidas.

Como señala la STS nº 505/2017, de 19 de septiembre, " *la exigencia de la constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios*". Asimismo, el artículo 217 LSC establece que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales dispongan lo contrario determinando el sistema de remuneración; al tenor del apartado 3 del precepto, el importe máximo de la retribución anual del conjunto de sus administradores en la condición de tales deberá ser aprobado por la junta general.

La doctrina destaca que estas exigencias formales determinan que las retribuciones que se perciban en contravención de lo dispuesto en los estatutos sociales serán consideradas ineficaces y habrán de ser reintegradas por el administrador (CURTO POLO, M.M., "Exigencias formales y modos de retribución de los administradores de las sociedades de capital, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 26). Ahora bien, como se señalará a continuación, han de tenerse en cuenta las excepciones generalmente admitidas con fundamento en el principio de buena fe, el abuso de derecho y la doctrina de los actos propios.

La configuración legal del régimen de retribución del cargo de administrador social se contiene en los artículos 217 a 219 LSC.

En relación al principio de reserva estatutaria de la retribución del cargo de administrador social, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 412/2013, de 18 de junio, recoge la doctrina expuesta en las SSTS nº 441/2007, de 24 de abril, nº 448/2008, de 29 de mayo, y nº 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, y señala que en los estatutos sociales debe constar el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución y razona:

"...aunque también tutela el interés de los administradores, **tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles**".

La Ley 31/2014 ha modificado el artículo 217 LSC aplicable a todo tipo de sociedades de capital. El artículo 217 flexibiliza el rigor del principio de reserva estatutaria y la competencia de la junta queda limitada al papel de fijar una cantidad remunerativa máxima anual, correspondiendo al órgano de administración la competencia para distribuir la remuneración.

Se ha sugerido que la expresión contenida en el artículo 217.2 LSC, en relación a la retribución a percibir por los administradores " *en su condición de tales*" tiene un contenido diverso, según se trate de:

Un órgano de administración simple (p.e. administradores mancomunados o solidarios)

Un órgano de administración complejo (p.e. Consejo de Administración)

En los sistemas de administración simples (administrador único, mancomunados y solidarios), convergen en el administrador todas las funciones inherentes al cargo (incluidas las funciones ejecutivas). Si ello es así, continuará siendo aplicable el principio de reserva estatutaria de la retribución, en toda su extensión, y no cabrá la posibilidad de que los administradores sociales perciban, " *en su condición de tales*", ninguna retribución adicional -civil o laboral- a la prevista en los estatutos.

Al respecto, la reciente STS de 26 de febrero de 2018 ha considerado que las previsiones específicas que se contienen en el artículo 249 LSC para el Consejo de Administración no permiten soslayar la exigencia de la previsión estatutaria de la retribución ni las competencias que se atribuyen en esta materia a la Junta General.



En este supuesto, los Estatutos sociales reconocían la posibilidad de retribuir el cargo de administrador social. Ciertamente es que se encomendaba a la Junta General determinar la cantidad que podría percibirse como remuneración por el administrador. Se ha probado que no se recabó por parte de la demandada la autorización de la Junta General en los términos previstos en los Estatutos sociales; ahora bien, por medio del documento nº 5 de la demanda se ha probado que en la convocatoria de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de CONCENTRIC S.A. celebrada el día 30 de diciembre de 2015 se introdujo en el orden del día, como complemento de la convocatoria para la celebración de la Junta extraordinaria, el siguiente punto: "aprobar con cargo al ejercicio del año económico 2015, con un único apunte contable, las retribuciones que corresponden a la administradora cesante" y "mantener el vigente acuerdo sobre la retribución del nuevo administrador". Consta igualmente en el acta de la referida Junta que el asesor fiscal comentó que el cargo de administrador era retribuido según los estatutos sociales y que durante los ejercicios 2013 y 2014 la sociedad no fijó la retribución de la administradora ni retribuyó efectivamente a la administradora cesante; la retribución de los ejercicios 2013, 2014 y 2015 se fijó, por acuerdo de la Junta General, en la cantidad de 40.000 euros líquidos por cada ejercicio. Nada se dijo ni se acordó acerca de las retribuciones del ejercicio 2012.

Como se razonará a continuación, lo ocurrido en la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de CONCENTRIC S.A. celebrada el día 30 de diciembre de 2015 y los acuerdos que se alcanzaron en la misma tendrá trascendencia para la resolución del presente litigio y habrá de conducir a la desestimación de la acción ejercitada.

TERCERO.- Pues bien, en el Suplico de la demanda se solicita que se condene a la demandada a devolver a la sociedad las cantidades percibidas en concepto de retribución en el ejercicio 2012. Esta petición de reintegro de las cantidades percibidas en concepto de retribución responde al ejercicio de la acción social de responsabilidad a la que se refieren los arts. 238 y 239 LSC.

Según jurisprudencia constante, para que sea exigible la responsabilidad de los administradores es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; b) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; c) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y d) que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño -cfr. SAP de Barcelona nº 82/2018, de 8 de febrero, JUR 2018/84344-.

La SAP A Coruña nº 369/2017, de 7 de noviembre, desgrana los requisitos que han de concurrir para la estimación de esta acción:

"La acción social se encamina, por consiguiente, a la defensa y protección del patrimonio social.

Las SSTs 391/2012, de 25 de junio (RJ 2012, 8853), 346/2014, de 27 de junio (RJ 2014, 3990) y 281/2017, de 10 de mayo (RJ 2017, 2190), se han pronunciado sobre los requisitos para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad, antes regulada en el art. 134 TRLSA (RCL 1989, 2737) y, en actualidad, en los arts. 236 y ss. LSC, en los siguientes términos:

"un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño".

La conducta de los administradores precisa, pues, para la prosperabilidad de la acción, la vulneración de alguno de los deberes tipificados, que la convierte en contraria a Derecho, como el de lealtad del art. 227 de la LSC, que les obliga a "desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad" y, por lo tanto, sin anteponer los intereses propios o de terceros en perjuicio de los de la sociedad que administran; o bien, en la vulneración de alguna de los deberes básicos del art. 228 LSC, dentro de los cuales se encuentran, en lo que al presente pleito interesa, los contemplados en los apartados c) abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto y e) adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad; sin incurrir tampoco en las prohibiciones del art. 229, que imponen el deber de abstenerse entre otros: a) realizar transacciones con la sociedad; c) hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía".

Pues bien, los demandantes entablan la acción social de responsabilidad en su condición de socios de la mercantil CONCENTRIC S.A., titulares de acciones que representan el 30 % del capital social.



El artículo 238.1 LSC atribuye a la sociedad la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad cuando dispone que esta acción se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día.

El actual art. 239 LSC establece que los socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de junta general podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social *"cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad"*.

Ahora bien, el socio o los socios que ostenten una participación en el capital social que, al menos, alcance el cinco por ciento, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general -artículo 239.1.II LSC-, por lo que en ocasiones será fundamental determinar si se ha producido una infracción del deber de lealtad por parte del administrador social: sólo en esta hipótesis los socios demandantes podrían entablar la acción social de responsabilidad sin someter previamente la decisión a la Junta General.

En la demanda se justifica debidamente la legitimación de los accionantes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, pues en Junta General Ordinaria celebrada el día 23 de agosto de 2017 los actores sometieron a votación el ejercicio de la acción social y el acuerdo no fue aprobado por la Junta (documento nº 12 de la demanda).

La conducta antijurídica que se imputa a la administradora social demandada consiste en la percepción de una retribución por el desempeño del cargo durante el ejercicio 2012 sin recabar la adopción del acuerdo de la Junta General por el que se cuantificaba la cantidad a la que habría de ascender esta retribución anual. Así se prevé en el artículo 14 de los Estatutos sociales de CONCENTRIC S.A.

La omisión del acuerdo de la Junta General, tal y como se prevé en la cláusula estatutaria, debería conllevar la ilegalidad de la retribución percibida para el ejercicio 2012 por parte de la demandada.

Ahora bien, concurren en el presente supuestos determinados factores que inciden directamente en alguno de los presupuestos legales a los que se supedita la estimación de la acción social de responsabilidad cuando el hecho que da lugar a su interposición guarda relación con la inobservancia de las previsiones estatutarias que regulan la remuneración del órgano de administración.

COHEN BENCHETRIT (Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2017 sobre retribución de administradores sociales, RDS nº 52/2018) recuerda que la doctrina de los actos propios, el ejercicio de los derechos con arreglo a las exigencias de buena fe y la prohibición del abuso de la formalidad son argumentos empleados por la Sala Primera para mitigar la rigidez de la exigencia de la previsión estatutaria de la remuneración del administrador y reconocer excepcionalmente la eficacia a los pactos retributivos extraestatutarios.

La STS nº 893/2012, de 19 de diciembre, contiene importantes consideraciones en relación al abuso de la formalidad derivado de la exigencia de previsión estatutaria de la retribución del órgano de administración y que con cierta frecuencia se revela en los casos en que los socios han consentido la percepción de retribuciones en ausencia de una cláusula estatutaria que así lo prevea:

" 38. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala, cuando la totalidad de los accionistas conocen y consienten el pacto, ha rechazado la oponibilidad de la exigencia contenida en el art. 130LSA alejada de su finalidad de tutela y como fórmula para desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas -en este sentido la sentencia 445/2001, de 9 de mayo (RJ 2001, 7386), rechazó la limitación impuesta por el artículo 130 de la LSA en una sociedad unipersonal en la que el ejecutivo por razones organizativas asumió la condición formal de administrador, pese a tratarse en la realidad de un alto directivo, y la 1147/2007, de 31 de octubre mantuvo la validez de la retribución "en una sociedad con accionista único, el único afectado por la eficacia de la cláusula es él".

En estos términos se pronuncia la STS nº 372/2012, de 13 de junio, cuando afirma que *"la Sala ha reconocido el derecho de retribución de los administradores que han desempeñado funciones directivas cuando, pese a la inexistencia de concreta previsión estatutaria, las circunstancias concurrentes han revelado que la exigencia formal se ha utilizado fraudulentamente y con una finalidad distinta a la perseguida por la norma -en este sentido se pronuncia la sentencia 893/2011, de 19 de diciembre SIC (RJ 2012, 4878), con cita de las 445/2001, de 9 de mayo (RJ 2001,7386), y 1147/2007, de 31 de octubre (RJ 2007, 6816)".*

En la Junta General de la sociedad celebrada el día 30 de diciembre de 2015 fueron aprobadas todas las retribuciones que correspondían a la administradora cesante y se hizo constar que las retribuciones percibidas por la demandada en los ejercicios 2013 y 2014 no se habían fijado por la Junta; lo mismo ocurrió en el ejercicio



2012, aunque nada se dijo en la Junta en relación a las mismas. Finalmente, con el voto favorable del 70 % del capital social, se aprobaron las retribuciones de la administradora social correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014. En la contestación a la demanda se afirma que por error nada se acordó respecto de las retribuciones del ejercicio 2012, que adolecían de la misma falta que las correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014.

A la razonabilidad de las explicaciones suministradas en este punto en el escrito de contestación a la demanda se unen otros datos que revelan el excesivo formalismo en el que se amparan los demandantes para justificar la petición de reintegro de las retribuciones percibidas por la administradora social demandada en el ejercicio 2012. Debe tenerse en cuenta que en la misma Junta General celebrada el día 30 de diciembre de 2015 se acordó establecer para el ejercicio 2015 una retribución idéntica a la de los dos ejercicios anteriores, esto es, de 40.000 euros líquidos por cada ejercicio.

El anterior aserto conecta con otro de los reproches que se efectúan en el escrito de demanda y que guarda relación con el carácter excesivo de las retribuciones percibidas en el ejercicio 2012. Así, se ha probado que la Junta General aprobó todas las remuneraciones percibidas por la demandada en los dos ejercicios posteriores al litigioso; no se ha facilitado por parte de los actores argumento explicativo alguno que de una forma razonable y verosímil aclare el motivo por el que no se actuó del mismo modo respecto del ejercicio 2012, con lo que adquiere mayor robustez la tesis del error que se alega en el escrito de contestación. Al tiempo, las circunstancias descritas merman la fuerza argumental de la desproporción de la retribución que habría percibido la administradora social en el ejercicio 2012, pues en los tres ejercicios posteriores -tal y como se aprobó en la Junta General de 30 de diciembre de 2015- se habría acordado una retribución por un importe sensiblemente superior, esto es, 40.000 euros líquidos anuales. Con ello decae igualmente la trascendencia conferida al debate sobre la remuneración que efectivamente percibió la demandada en el ejercicio 2012: en la demanda se afirma con apoyo en el informe pericial aportado que la remuneración real ascendió a 49.07688 euros y no a la cantidad de 43.07688 euros brutos; en la demanda se alude a un apunte de fecha 31 de diciembre de 2012 que tenía como concepto "PAGO NÓMINAS Clemencia" y que supuso una salida de caja 30.984 euros. Es de destacar que en el propio dictamen pericial aportado a instancia de la parte actora se reconoce que las retribuciones netas ascenderían a un total de 29.984 euros anuales, a salvo la discrepancia mantenida respecto de la cantidad de 6.000 euros. Aún en el caso de que se aceptase la tesis de la demanda -consistente en que la retribución que se abonó a la administradora en el ejercicio 2012 ascendería a 49.07688 euros-, lo relevante es que en todo momento se estaría haciendo referencia a retribución anual bruta cuya cuantía distaría mucho de los 40.000 euros líquidos que la Junta General aprobó como retribución de los ejercicios 2013, 2014 y 2015; respecto de ninguno de ellos se ha acreditado reproche cuantitativo alguno ni se ha entablado la acción social de responsabilidad aduciendo el carácter "tóxico" de tales retribuciones.

En relación a las retribuciones tóxicas percibidas por los administradores sociales, la STS nº 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788), señala que " esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social".

La doctrina (ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA) señala que la calificación de una retribución como tóxica y, por ende, contraria a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social se aprecia en la desproporción o falta de justificación entre el importe de la retribución y la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores, la trascendencia, funciones y responsabilidades que se encomiendan al administrador, la finalidad o propósito perseguido, el anterior sistema de administración y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social.

La fijación de retribuciones cuantitativamente desproporcionadas o exageradas ha sido combatida de ordinario por medio del ejercicio de la acción de **impugnación de acuerdos sociales**, así como por la acción de responsabilidad contra el órgano de administración, pues se reputa como una infracción de sus deberes fiduciarios y por su lesividad para el interés social. Tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 se da carta de naturaleza al principio de proporcionalidad en el artículo 217 LSC, cuyos apartados 3 y 4 disponen que la remuneración de los administradores deberá 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 y que en la fijación de la retribución deberán tomarse en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. Con todo, la doctrina (NAVARRO FRÍAS) incide en que la misma idea -carente de reflejo en el texto de la norma- podía deducirse de las categorías de interés social y deberes fiduciarios de los administradores y así la propia Sala Primera se refirió en varias ocasiones a la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de las retribuciones, que podrían ser contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral en caso de no acomodarse a



aquellos parámetros: en este escenario, se atribuía a los órganos judiciales la facultad de controlar y corregir las extralimitaciones en la actuación de los administradores cuando su actuación lesionase el interés social.

Esta interpretación se postuló en la STS nº 165/2004, de 5 de marzo, en la que se consideró lesivo el acuerdo por el que se fijaba la remuneración de 150.000 pesetas mensuales, revisables anualmente, por resultar desproporcionada atendiendo a la envergadura de la sociedad, a las funciones a desarrollar, a la escasa entidad de las exigencias de trabajo y tiempo que requería la administración y explotación, y a la falta de acreditación de que se hubiera producido un incremento de la gestión y responsabilidades del cargo.

La conducta observada por los demandantes es en realidad el principal argumento para decaiga la acción que se ejercita: como consta en el acta de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de CONCENTRIC S.A. celebrada el día 30 de diciembre de 2015, en esta junta se aprobó la retribución de la administradora social correspondiente a los ejercicios 2013, 2014 y 2015; la remuneración se fijó, por acuerdo de la Junta General, en la cantidad de 40.000 euros líquidos por cada ejercicio. Nada se dijo ni se acordó acerca de las retribuciones del ejercicio 2012, por lo que la remuneración correspondiente a este ejercicio quedó huérfana de la preceptiva aprobación por parte de la Junta General. En el acta de la Junta General celebrada el día 23 de agosto de 2017 se hace constar que los socios demandantes solicitaron que se sometiera a votación en la Junta General el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra la administradora única, Clemencia, al haber retirado la cantidad de 49.076 euros como retribución por el ejercicio del cargo en el año 2012. Por tanto, como se desprende del acta de la Junta, nada se interesó ni se debatió acerca del posible ejercicio de una acción social de responsabilidad frente a la administradora demandada sobre la base del carácter excesivo de la retribución percibida en los ejercicios 2013, 2014 y 2015, a pesar de que en todos ellos se fijó una retribución sensiblemente superior a la que se percibió en el ejercicio 2012.

Asimismo, se reconoce en el escrito de demanda que en el año 2011 sí se autorizó por la Junta General la percepción de una remuneración por importe de 3.076 euros en catorce pagas anuales. Así se acordó en Junta General celebrada el día 27 de diciembre de 2010 y, según consta en el acta de la Junta, los dos socios demandantes votaron en contra de la adopción del acuerdo; en el acta se indicaba que los socios que votaron en contra impugnaban el acuerdo al estimar nula la junta y también se hacía constar que la retribución fue impugnada en juicio ordinario cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pontevedra. Se desconoce, dado que no se ha aportado al presente proceso la demanda formulada, si se invocó como uno de los motivos para la impugnación del acuerdo de fijación de la retribución que habría de percibir el administrador la lesión al interés social dimanante de la fijación de una retribución desproporcionada e injustificada, en términos análogos a los que se han planteado en el Hecho Séptimo de la demanda rectora de este procedimiento. También se ignora si la impugnación pudo estar referida en realidad al acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2011: al respecto, basta recordar que este acuerdo no es *per se* lesivo cuando se dirige a constatar que las cuentas reflejan la imagen fiel del patrimonio social y así " *que el acuerdo ponga de relieve un abuso no puede significar que sea la causa del abuso. Si el socio minoritario entiende que tal abuso se produce, dispone de remedios que van más allá de dejar a la sociedad sin las cuentas aprobadas*" -cfr. STS de 20 de febrero de 2006-: si se trata de reintegrar cantidades percibidas por los administradores, el ejercicio de la acción de responsabilidad se presenta como un remedio idóneo para combatir la conducta que se ha reputado lesiva para el interés social.

Con ello se quiere poner de manifiesto la contradicción que se observa en la conducta de los socios demandantes. En efecto, se desconocen los términos en los que se ha planteado la impugnación judicial del acuerdo por el que se fijó una remuneración por importe de 3.076 euros en catorce pagas anuales, el cual fue adoptado en la Junta General celebrada el día 27 de diciembre de 2010. Si la retribución percibida por la administradora en el ejercicio 2011 se reputa desproporcionada y excesiva, lo mismo podría haberse reprochado a las percibidas en 2012 o en los ejercicios posteriores a 2012. En todo caso, aunque de inmediato se volverá sobre esta cuestión, es importante destacar que la existencia de una previsión estatutaria que ampare la remuneración percibida por el administrador no es suficiente para blindar los acuerdos adoptados por la junta general ni para bloquear la acción social de responsabilidad frente al órgano de administración. La STS nº 391/2012, de 25 de junio, sostiene que el administrador no puede ampararse en la ejecución del acuerdo, cuando éste es lesivo para el interés social, ya que el acuerdo lesivo, incluso si no es impugnado, no constituye causa de exoneración de responsabilidad:

"...la propia Ley parte de que las decisiones de la mayoría no siempre coinciden con los intereses de la sociedad. De ahí que el artículo 115.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -y hoy el 204.1 del de Sociedades de Capital- autorizase la impugnación de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros-

28. Tampoco es suficiente para eludir la responsabilidad derivada del daño a la sociedad el hecho de que los acuerdos societarios fijando la retribución no hubieran sido impugnados en su momento, ya que, de conformidad



con lo dispuesto en el artículo 133.4 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , [e]n ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. -hoy artículo 236.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , máxime si se tiene en cuenta que el patrimonio de la sociedad constituye la principal garantía de los acreedores sociales. -De ahí que el artículo 134.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 240 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital - les autorice para el ejercicio de la acción social y la defensa de la integridad

Tampoco puede dejar de reseñarse alguna otra cuestión que hace aflorar lo infundado de la demanda cuando se reputa tóxica la retribución percibida por la administradora social demandada. Tanto es así que la mayor parte de las argumentaciones contenidas en el escrito rector en relación al motivo que ampara el ejercicio de la acción social de responsabilidad discurren anudados a la ausencia de acuerdo de la Junta General que fije la cantidad que podrá percibirse en concepto de retribución, con la consiguiente contravención de la disposición estatutaria aplicable. Sólo después de reconocer que la Junta General sí autorizó la percepción en el ejercicio 2011 de una retribución en cuantía equivalente a la que se califica de "excesiva" se introducen algunas valoraciones acerca de la desproporción que se aprecia en la abonada a la demandada en el siguiente ejercicio. Nótese que en el Hecho Séptimo de la demanda únicamente se reputa desorbitada la remuneración del ejercicio 2012; es cierto que esta afirmación se apoya en el informe pericial aportado a autos a instancia de la parte actora y en este punto la demanda reproduce las valoraciones del perito: ahora bien, no se aporta ningún elemento de juicio que permita apreciar la desproporción de la remuneración, motivada por una alteración sustancial de las circunstancias que concurrían en el ejercicio anterior. Y ello a pesar de que en ese ejercicio se fijó una retribución equivalente, que sorprendentemente no se tilda de desorbitada, como tampoco se le concede este calificativo a la retribución de los ejercicios 2013, 2014 y 2015, por cierto superior en cuantía a que aquí se discute.

Es más, no se entabla la acción de responsabilidad social contra la administradora demandada aduciendo que la retribución que percibió en los restantes ejercicios sociales debe ser considerada como una remuneración tóxica y, por ende, lesiva para la sociedad. Más bien parece que este último motivo para el ejercicio de la acción de responsabilidad ha sido introducido con cierta artificiosidad y en aparente contradicción con la conducta observada por los socios demandantes en lo que respecta a las retribuciones percibidas por la demandada en los restantes ejercicios en lo que el cargo de administradora social fue retribuido. Nuevamente se aprecia aquí el formalismo que forzosamente se emplea para sustentar el ejercicio de la acción: no se recabó el acuerdo de la Junta General que fijase la remuneración de la administradora para el ejercicio 2012; pero lo cierto es que en la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de CONCENTRIC S.A. celebrada el día 30 de diciembre de 2015 se deliberó y votó como uno de los puntos del orden del día la aprobación con cargo al ejercicio del año económico 2015, con un único apunte contable, de " las retribuciones que corresponden a la administradora cesante". Consta en el acta de la referida Junta que durante los ejercicios 2013 y 2014 la sociedad no fijó la retribución de la administradora ni retribuyó efectivamente a la administradora cesante; la retribución de los ejercicios 2013, 2014 y 2015 se concretó, por acuerdo de la Junta General, en la cantidad de 40.000 euros líquidos por cada ejercicio. Sólo un error que pasó inadvertido pudo dejar fuera las retribuciones del ejercicio 2012, en las que se daba la misma circunstancia que en las inmediatamente posteriores.

Por otra parte, no existe ocultación en la percepción de las retribuciones que se reputan ilícitas y excesivas: se reflejó en la contabilidad y se presentó el modelo 190 correspondiente al ejercicio 2012; también se practicaron las retenciones correspondientes al IRPF.

En las circunstancias expuestas, procede la desestimación de la demanda Berta y Eutimio contra la demandada Clemencia .

CUARTO.- La desestimación de la demanda no determina la imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes, pues efectivamente se omitió el acuerdo de la Junta General que, según las previsiones de los Estatutos sociales, habría de determinar la remuneración de la administradora social para el ejercicio litigioso (artículo 394.1 de la LEC), por lo que concurren especiales circunstancias fácticas que justifican la no imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

DESESTIMO la demanda interpuesta por Berta y Eutimio , asistidos por la Letrada Sra. Lorenzo Tarrío y representados por el Procurador Sr. Freire Rodríguez, contra la demandada Clemencia , asistida por el Letrado Sr. Areses Trapote y representada por la Procuradora Sra. Castro Cabezas.

No se hace imposición de las costas de esta instancia a ninguna de las partes.



Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta resolución no es firme. Contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Publicación: La anterior sentencia fue leída en audiencia pública por la Sra. Magistrada-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha; doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ