

Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Corporate / M&A

Octubre 2017

Retribución de administradores y protección del interés social: a propósito de SAP Barcelona 12 de septiembre de 2017

José María Rojí

La sentencia analizada y otras que se traerán a colación en esta reseña, abordan la candente cuestión, en particular en el ámbito de las empresas familiares o con socios minoritarios, de cuándo el importe de la retribución de los administradores está justificado y cómo una retribución excesiva, no justificada, puede ser contraria al interés social.

La prestigiosa sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó el pasado 12 de septiembre de 2017 una interesante sentencia donde aborda dos temas de actualidad: el interés social y la retribución de administradores. Ambos temas, que en el supuesto de la sentencia son respectivamente género y especie, tienen en común que su formulación legal fue modificada en diciembre de 2014. Sin embargo, por razones temporales, la sentencia no aplica directamente los nuevos preceptos, aunque los invoca, considerando que la modificación legal tiene un valor interpretativo del derecho anterior.

El supuesto de hecho que da lugar al litigio constituye un lugar común en las sociedades familiares conflictivas. En lo

que aquí interesa, son socios tres hermanos con los siguientes porcentajes: 15,81%, 5,27% y 73,660%, siendo el hermano titular de este paquete mayoritario el administrador único de la sociedad. La junta general de la sociedad, con el voto favorable del hermano mayoritario, fija la retribución que debía percibir el administrador de la sociedad, lo que es impugnado por el minoritario al considerar que tal acuerdo es contrario al interés social por cuanto las retribuciones aprobadas al administrador eran, a su juicio, desproporcionadamente altas y no se correspondían con el valor de mercado de los servicios efectivamente prestados a la sociedad.



El interés social

La sentencia, analiza primero si puede haberse producido una violación del interés social, que sería causa de impugnación, deteniéndose para ello en el análisis de este concepto. Trae a colación la muy citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 que, sin rechazar la teoría institucionalista sobre el interés social, avala la contractualista, según la cual el interés social coincide con la suma de los intereses particulares de sus socios. Refuerza este criterio con una referencia a la recomendación número 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, que opta por una interpretación contractualista al poner énfasis *"en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común"*.

Partiendo de que el interés social incluye necesariamente el interés de los socios del que no puede desvincularse, se apoya de nuevo en la cita de la sentencia de 7 de diciembre de 2011: *"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 –tanto 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"*.

Esta línea jurisprudencial ha adquirido rango normativo con la reforma en 2014 del artículo 204.1 LSC: *"la 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".

Razona la sentencia objeto de estos comentarios que 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 y enfatiza el deber de fidelidad de los socios frente a la sociedad y frente a sus consocios: *"Los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad, 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."*

Es perfectamente factible que pueda contravenir el interés social la retribución fijada al administrador cuando la misma es desproporcionada en comparación con los beneficios que genera la administración de la sociedad. En ese caso, según la sentencia, la 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 la mayoría de su posición en la sociedad. En definitiva, se trata de un control de mínimos de razonabilidad, no de máximos.

Concluye la Audiencia Provincial de Barcelona: *"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."*

La retribución del administrador

A la luz del principio anterior la sentencia analiza el supuesto de hecho concreto, en el que el sueldo fijado para el administrador supone un porcentaje próximo al 20 % de los ingresos de la sociedad, consistiendo la gestión social en administrar un importante patrimonio inmobiliario que se encuentra en régimen de alquiler a terceros. La cifra de retribución en favor de dicho administrador viene siendo una constante desde hace veinte años, con anterioridad incluso a que sus hermanos se incorporaran como socios de la sociedad, cuando él era socio único, incorporación que se produce precisamente por el pago en especie de la legítima del padre por el hermano socio mayoritario a sus hermanos.

La legítima no la paga voluntariamente y, además, decide pagarla en forma de participación minoritaria, lo que obliga a entender que el contrato en el que hace entrar el mayoritario a los hermanos debe ser cumplido en sus estrictos y correctos términos, es decir, la buena fe es exigible con especial intensidad, ya que es cuestionable que haya habido buena fe en ese pago de la legítima mediante entrega de una participación minoritaria, que coloca a los hermanos a expensas del mayoritario.

El que la retribución cuestionada de los administradores se haya ido satisfaciendo de manera prolongada en el tiempo tiene un valor para el derecho y es un dato importante según el tribunal, pero el cambio de circunstancias –la incorporación de socios que no lo eran con anterioridad y la disminución de la exigencia de trabajo para el administrador en los últimos años– hace que el tribunal no entre a valorar dicho el elemento temporal.

Respecto a esta cuestión del valor del tiempo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una sentencia también muy reciente de 19 de septiembre de 2017 en un

supuesto de hecho similar, por referirse a retribución de administradores y también en el seno de una sociedad familiar. En el litigio no se había producido una alteración de la composición social, que justificase la consideración de un cambio de circunstancias como en el aquí analizado y se plantea el alcance de los actos propios de los socios que habían venido consintiendo desde antiguo esa retribución, en este caso un matrimonio en proceso de divorcio, para concluir que:

"La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo). Esta doctrina responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado. Estos elementos no concurren en el caso objeto del recurso. La conformidad del demandante con que los administradores sociales hubieran cobrado diversas cantidades de la sociedad con anterioridad a la adopción del acuerdo social de modificación de los estatutos, podrá impedir que exija a los administradores la devolución de esas cantidades. Su conducta, al consentir estas retribuciones, era apta para generar fundadamente en los administradores la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podían percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy demandante, y en que no se les iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Así lo ha declarado este tribunal en la sentencia 412/2013, de 18 de junio. Pero esa conducta del demandante no puede impedir que más adelante deje de estar conforme con que los administradores sigan percibiendo esas retribuciones que carecen de una previsión estatutaria válida que las sustente. Su conducta podía considerarse concluyente en generar la confianza en que no se reclamara la devolución de las retribuciones percibidas con su consentimiento, pero no para generar la confianza en que seguiría prestando su consentimiento indefinidamente."

También en este caso el Tribunal va a tomar en consideración un cambio en las circunstancias, pues con anterioridad, la retribución que venía percibiendo la administradora social constituían ingresos de su núcleo familiar, de los que el

demandante también podía disfrutar pues constituían un matrimonio, pero cuando se divorció de dicha administradora, dejó de disfrutar de tales ingresos.

Volviendo al supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, entiende el Tribunal que no es irrazonable el criterio que proponen los recurrentes para juzgar si las retribuciones fijadas son o no desproporcionadas consistente en acudir a las retribuciones que se abonan en el mercado a los profesionales que se ocupan de una actividad similar, los administradores de fincas, dado que la actividad del administrador consiste básicamente en la administración del patrimonio inmobiliario en régimen de alquiler que ostenta la sociedad, para lo cual se había contratado recientemente un administrativo. No obstante, la sentencia reconoce que el cargo de administrador incluye obligaciones que exceden de la que realiza un administrador de fincas, como las referidas a la llevanza de la contabilidad y a la administración del contrato de sociedad.

Partiendo del criterio anterior, concluye 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 administrador de la sociedad se retribuyó con una cifra de casi el 20% de los ingresos de la empresa y, por tanto, casi cuatro veces superior. Por lo tanto, aunque el 5% no deba fijar necesariamente el límite máximo de las retribuciones del administrador, sí es un dato valioso para afirmar que un 20 % de los ingresos constituye un porcentaje de retribución desmesurada como retribución del administrador de la sociedad. En consecuencia, anula los acuerdos impugnados con fundamento en que son contrarios al interés social.

Abandonando la anécdota para ir a la categoría, como se puede observar, la Audiencia Provincial de Barcelona vincula la cuantía de la retribución no tanto a la situación económica de la sociedad, que era holgada, como al desempeño del administrador. En nuestra opinión este es el criterio correcto y en ese sentido debe interpretarse el apartado 4 del artículo 271 LSC introducido en la reforma de 2014:

"La remuneración de los administradores 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."

De hecho, este es el sentido en el que resuelve el Tribunal Supremo en una sentencia de 5 de marzo de 2004 en una sociedad también familiar:

"Cosa distinta sucede con el acuerdo social por el que se fija la cuantía de la retribución de cada uno de los dos administradores en ciento cincuenta mil pesetas mensuales, con revisión anual. La cantidad es desorbitada y lesiva para los intereses sociales en beneficio de los accionistas «mayoritarios», lo que se deduce no sólo de la escasa entidad de las exigencias de trabajo y tiempo que requiere la administración y explotación (...) Las razones alegadas por la parte demandada para oponerse a la pretensión de lesividad no son asumibles: a), No tiene fundamento la afirmación de producirse «un mayor incremento de la gestión y sobre todo una cada vez mayor responsabilidad de los gestores, responsabilidad inherente al cargo»; b), Tampoco justifica el acuerdo el que hayan aumentado los beneficios (...); c), En absoluto se puede considerar ridícula la suma teniendo en cuenta la envergadura de la sociedad (...); y, d), Aunque obviamente la situación económica de la sociedad es un factor a tomar en cuenta en orden a determinar la ilicitud de la retribución, asimismo es muy importante ponderar si concurre o no la necesidad de dos administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, que, en el caso, en absoluto justifican la cuantía de las retribuciones establecidas."

Existe una no muy lógica pero extendida opinión conforme a la cual cuanto menos cobren los administradores mejor para el interés social. No es este el enfoque de la sentencia y debe ser alabada por ello. El criterio no ha de ser el que el administrador cobre lo menos posible, ni la mejor o peor

situación de la sociedad para satisfacer la remuneración razonable, sino la competencia y la dedicación que se requiera para gobernar la empresa y la sociedad. Qué duda cabe que cualquier reducción del gasto es buena para la sociedad, pero lo que de verdad es conveniente para el interés social es poder contar con administradores competentes y preparados para gestionar la sociedad y su negocio, y que los mismos tengan una dedicación adecuada.

Esa competencia y esa dedicación deberán tener como contraprestación una retribución oportuna y esta se debe medir en términos de mercado, como hace la sentencia comentada. Cuanto más complejas y especializadas sean las competencias que se requieren del administrador, más escaso será el bien buscado, el talento requerido, y más costoso será probablemente en términos económicos. Junto al nivel de competencia, habrá que ponderar el grado de dedicación, de modo que cuanto mayor sea el esfuerzo y la dedicación mayor también deberá ser la retribución.

Adicionalmente a la competencia y a la dedicación como elementos principales no pueden dejar de valorarse otros como son la exposición y el riesgo. Otro lugar común en nuestra opinión se debe evitar, particularmente radicalizado tras la crisis de algunas entidades de crédito, es aquél según el cual cuanto peor es la situación económica de la sociedad menor debe ser la retribución, algo así como si cuanto peor estuviera nuestra salud tuviéramos que ir a un médico más barato, lo que en términos de puro mercado nos haría pensar que peor. Muy al contrario, cuanto más riesgo tenga la sociedad, cuanto más delicada su situación, más competente y diligente deberá ser quien la gobierne y más difícil será atraerle a ese proyecto, por lo que en términos de mercado más costoso será. Cuestión distinta es qué debe hacerse con los administradores que por no tener la competencia adecuada o la dedicación leal y diligente exigible puedan haber conducido a la sociedad a esa situación, pero esa es harina de otro costal.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.

