

José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO

Magistrado

• **ENUNCIADO:**

Habiéndose aprobado por la junta general de una sociedad anónima un acuerdo fijando la retribución correspondiente al administrador único de la misma en la cifra de 50.000 euros líquidos, no netos, mensuales y 14 pagas anuales de dicha cantidad neta, varios accionistas votaron en contra de su adopción haciendo constar, de forma expresa, su protesta respecto de su aprobación. La mayoría del capital social que aprobó dicho acuerdo social de retribución ascendió al 54 por 100.

La sociedad anónima en cuestión tenía, con anterioridad, un consejo de administración de tres miembros, percibiendo uno de ellos igual cantidad a la disentida y los otros dos cantidades, inclusive, muy superiores a la cuestionada. Los tres miembros de la ejecutiva societaria pertenecen, en la actualidad, al accionariado minoritario. La última cuenta anual de pérdidas y ganancias reflejaba unos beneficios, después de impuestos, por un importe de 5.000.000 de euros.

El abogado asesor de un grupo minoritario de accionistas de la referida sociedad es consultado por ellos sobre las posibilidades legales de impugnar el referido acuerdo sobre fijación, en su opinión, exorbitante, de la retribución del nuevo administrador único designado para gestionar la sociedad anónima.

El letrado consultado se plantea cuáles sean los fundamentos de la posible impugnación a plantear así como los límites, si es que asisten, de la referida retribución establecida por la junta general de accionistas de la sociedad.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- a) ¿Resulta posible impugnar el acuerdo de fijación de retribución con base en causa legal de impugnación, o se trata de mero acto social de gestión ordinaria?
- b) ¿Cuál ha de entenderse que es la retribución adecuada de los administradores?

• **SOLUCIÓN:**

- a) Los socios minoritarios disconformes con el acuerdo referido, a medio de la demanda o acción judicial instada ante el competente Juzgado de Primera Instancia al que por turno de reparto corresponda, interesarán la anulación del acuerdo adoptado en la junta general ordinaria celebrada por la apelada por incluirse el referido en los del orden del día, uno de los cuales era referente a la aproba-

ción de la retribución del administrador único de dicha entidad al poder considerarlo contrario al interés de la sociedad y que su adopción incurre en abuso de derecho, según los artículos 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 7.º 2 del Código Civil (CC). Dicha retribución se fijó en la cantidad mensual de 50.000 euros líquidos mensuales con 14 pagas anuales asimismo líquidas. Se aprobó dicho acuerdo con el voto a favor de un porcentaje del capital social del 54 por 100, siendo el administrador único designado ahora y constando debidamente acreditado que, con anterioridad, la gestión de la sociedad era realizada por un consejo de administración teniendo una retribución conjunta mensual superior sus miembros a la que es aquí objeto de impugnación (uno de ellos percibía la misma cantidad y en las mismas condiciones ahora fijada para el administrador único citado, otra la cantidad de 60.000 euros mensuales líquidos y el tercero, que era el presidente y consejero delegado, la superior de 100.000 euros mensuales líquidos). A 31 de diciembre de 1996 (folio 111) la sociedad apelada tenía unos beneficios, después de impuestos, y según se desprende de la cuenta de pérdidas y ganancias, de 5.000.000 de euros.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que, en relación con lo establecido en el artículo 117.2 de la LSA, resulta muy conveniente recomendar el levantamiento de un acta notarial respecto de la junta general ordinaria en cuestión, reflejándose en la misma que el abogado de los impugnantes, además de asistir a dicha junta actuando en su nombre y representación, vote en contra de dicho acuerdo, además de anunciar al tiempo el ejercicio de las acciones legales y de impugnación procedentes, por lo que, en buena lógica, no puede restringirse su legitimación para impugnar el acuerdo en cuestión, debiendo entenderse que, de constar así la oposición, se cumplió sobradamente con los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente en cuanto a la constancia de la oposición del accionista o socio al acuerdo en cuestión (Ss. de la Sala Primera del TS de 2 de enero de 1990, 30 de noviembre de 1991, 30 de noviembre de 1993 y 14 de julio de 1997). En definitiva, sólo resulta precisa una constancia clara de la oposición posterior a la votación desfavorable, siendo evidente la existencia de dicha constancia en el acta notarial y en la manera mencionadas anteriormente.

b) La pregunta que, necesariamente, ha de hacerse el letrado consultado y los accionistas disconformes consiste en determinar si, con arreglo a lo pretendido por ellos, la concreta fijación de la retribución fija del administrador único de la demandada en la cifra referida en 14 pagas ha de reputarse como acuerdo social que lesiona, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad así como si ha de reputarse de abusivo en contemplación de lo establecido al respecto en el artículo 7.º 2 del CC el acuerdo repetido, en atención a su intención, a su objeto o circunstancias en las que se adoptó, sobrepasando manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho (el referido en el art. 130 de la LSA), con daño derivado para tercero (la sociedad).

Siendo ya, de por sí, dato relevante el consistente en la casi ausencia de precedentes jurisprudenciales sobre supuestos de impugnación similares al propuesto así como a la fijación de retribuciones fijas a los administradores o al administrador único designado legalmente, sí puede recordarse al respecto que la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) ha tenido la oportunidad de manifestar que debían entenderse como acuerdos anulables los siguientes: el acuerdo de ampliación del plazo de duración de los administradores en el cargo y de elevación de la retribución de los mismos del 2,5 al 33 por 100 de los beneficios sociales (Sentencia de 1 de julio de 1963) y el acuerdo de atribuir al socio presidente del consejo de administración una retribución anual superior a los beneficios (Sentencia de 17 de mayo de 1979). Ninguno de dichos supuestos puede trasladarse al caso con-

sultado ya que la retribución anteriormente fijada a los miembros del consejo de administración - aun respondiendo a otros parámetros- superaba con creces a la actualmente cuestionada y fijada en el acuerdo impugnado y, además, el volumen de beneficios netos de la sociedad apelada supera con creces la cifra de 5.000.000 de euros netos anuales, siendo el volumen de negocio muy superior a dicha cantidad ya notable, siendo, asimismo, lógico pensar que la atribución de las funciones de gestión y ejecutivas de la sociedad a un solo administrador desde la división del trabajo directivo que representaba al anterior existente consejo deba ser adecuadamente retribuida. Ciertamente, por último, no se puede negar que la cifra cuestionada, dada su elevada cuantía mensual, ofende a muchas sensibilidades y, posiblemente, a la ética propia del sector profesional sin que, pese a ello, le compete a los Tribunales, salvo casos extremos no apreciados en el examinado, la fijación de topes a la retribución referida, sobre todo si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes antes analizadas en orden al descenso de gastos por tal concepto comparativamente respecto de la situación anterior, por lo que, consecuentemente, si no se apreció anteriormente tal lesividad respecto de retribuciones muy superiores en conjunto, tampoco puede hacerse ahora cuando se trata, en realidad, de confundir el interés social con el interés de los accionistas impugnantes.

Por similares razones tampoco es de apreciar una situación de abuso de derecho con daños para la sociedad. Para concluir, en el apuntado sentido desestimatorio de la viabilidad de la pretendida impugnación, sólo procede recordar que la Sala Primera del TS también ha tenido oportunidad de señalar en su Sentencia de 19 de febrero de 1991 que «La doctrina científica y jurisprudencial exige, para la viabilidad de esta impugnación, los siguientes requisitos: 1. Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2. Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios. En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una "institución-corporación", en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.) y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común, el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social. Ahora bien, este daño o lesión no es necesario que efectivamente se haya producido, para deducir la pretensión impugnatoria, la doctrina de esta Sala tiene declarado "que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra, para poder ejercitar la acción" (Sentencias de 2 de julio de 1963, 11 de mayo de 1968 y 11 de noviembre de 1980). El requisito del beneficio de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta, debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio (Sentencias de 23 de junio de 1962, 22 de noviembre de 1970, 4 de marzo de 1967 y de 11 de mayo de 1968)». No se dan ni concurren tales requisitos en el caso contemplado, pese a lo evidentemente elevado de la cuantía mensual y anual de la retribución fijada que, no obstante y respecto a la existente con anterioridad, es inferior en cuanto a gastos del órgano ejecutivo o de administración de la sociedad sin que, además, exista constancia alguna de percepción de cantidades con cargo a beneficio o a dividendos por el administrador único.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 23 de junio de 1962, 1 y 2 de julio de 1963, 4 de marzo de 1967, 11 de mayo de 1968, 22 de noviembre de 1970, 17 de mayo de 1979, 11 de noviembre de 1980, 2 de enero y 26 de noviembre de 1990, 19 de febrero y 30 de noviembre de 1991, 30 de noviembre de 1993 y 14 de julio de 1997.
- SAP de Madrid (Secc. 11.^a), de 28 de marzo de 2000.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 115.1, 117.2 y 130.
- Código Civil, art. 7.º 2.