

Gobierno Corporativo

Deberes de lealtad y responsabilidad por retribuciones excesivas (SAP de Barcelona, Sección 15.ª, 1387/2022, de 28 de septiembre)

La Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado sobre la restitución por el administrador social de las retribuciones desproporcionadas fijadas por la junta general y percibidas por aquél en perjuicio de la compañía (restitución que le fue reclamada mediante el ejercicio por la minoría de la acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad).

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

§ 1. La junta general de una sociedad anónima acordó en julio del 2017 fijar las retribuciones del único administrador (y socio mayoritario titular de dos tercios del capital social) elevándolas notablemente con respecto a las que aquél había venido percibiendo anteriormente como consejero delegado de la compañía. El acuerdo correspondiente se adoptó —con el voto a favor sólo del socio/administrador afectado— en los siguientes términos: «Se fija y aprueba por unanimidad, con el voto favorable del 66 % del capital social, como retribución por el desempeño del cargo de administrador único, una

cantidad fija anual bruta de 88 800 euros, a razón de 7400 euros mensuales».

§ 2. El otro socio (titular de una participación que alcanzaba el tercio del capital social) ejerció —con base en el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)— la acción social de responsabilidad contra el administrador (cuyo ejercicio había sido rechazado en el 2019 por la junta de la compañía). En su demanda reclamaba que se reintegraran a la sociedad la totalidad de las cantidades percibidas por el administrador demandado como remuneración por el ejercicio del cargo durante los ejercicios 2017 y 2018 (177 600 euros).

§ 3. El fundamento de su pretensión radicaba en el hecho de que —según su criterio— se había percibido una remuneración desproporcionada y abusiva con perjuicio para el interés social. Esta desproporción quedaría puesta de manifiesto por el hecho de que las cantidades percibidas representaron un 28,33 % de la cifra de negocios de la compañía en el 2017 y de un 24,33 % de dicha cifra en el 2018.

§ 4. El administrador demandado, por su parte, sostuvo que la retribución cuestionada era de importe inferior a la que percibían previamente en conjunto los tres integrantes del Consejo de Administración de la sociedad (órgano luego sustituido por un administrador único). En este sentido debe observarse que desde el 2011 el demandado (presidente del Consejo y consejero delegado) percibía 5000 euros mensuales de remuneración, mientras que el secretario y el único vocal del órgano recibían cada uno 1500 euros. De otra parte, el demandado argumentó que la retribución fijada resultaba razonable y proporcionada a la vista del valor del patrimonio societario (numerosos pisos, naves industriales y plazas de aparcamiento) y de la complejidad de su gestión diaria (encargos de servicios de reparación, adecuación de los pisos, renovaciones y reestructuraciones, etc.).

§ 5. En primera instancia, y una vez descartado que el ejercicio de la acción de responsabilidad se encontrara condicionado a la impugnación del acuerdo de la junta que aprobó la retribución discutida, se desestimó la demanda. Básicamente, el juzgado entendió que la retribución fue aprobada de conformidad con las previsiones legales y estatutarias y que —dadas la naturaleza y la complejidad de las actividades desarrolladas por el administrador demandado y a la vista de la facturación, de la situación financiera y de la rentabilidad de la sociedad— no

podía considerarse desproporcionada ni, por tanto, lesiva para el interés social.

§ 6. El actor formuló un recurso de apelación, que fue parcialmente estimado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) 1387/2022, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APB:2022:10055). Consecuentemente, se declaró al demandado responsable de los daños y perjuicios causados a la compañía administrada por haberse conducido con infracción de su deber de lealtad y se lo condenó a restituir a esta entidad la cantidad de 57 600 euros, importe de la diferencia entre las retribuciones efectivamente percibidas durante los años 2017 y 2018 (consideradas excesivas) y las que había venido percibiendo con anterioridad.

2. El deber de lealtad, el acuerdo de la junta de aprobar la retribución del administrador y la responsabilidad de éste en caso de que la remuneración resulte desproporcionada o abusiva

§ 7. La demanda formulada contenía una pretensión indemnizatoria basada en la alegada infracción del deber de lealtad por parte del administrador demandado. La Audiencia Provincial de Barcelona consideró oportuno, por ello, ocuparse en primer lugar de definir los contornos de este deber y del concepto de interés social (*infra*, 2.1). Además efectuó, de manera incidental, algunas observaciones adicionales sobre el conflicto de intereses en el que se ve inmerso el administrador cuando se trata, precisamente, de decidir sobre su retribución y sobre la repercusión que esta situación conflictiva ha de tener sobre el procedimiento de adopción de acuerdos en los órganos sociales (*infra*, 2.2). Finalmente, la Sala de apelación se detuvo, para resolver el litigio, en la cuestión de la existencia y del alcance cuantitativo de la responsabilidad del administrador demandado por la

percepción de retribuciones excesivas (*infra*, 2.3).

2.1. *Deber de lealtad e interés social*

§ 8. Partiendo de que el deudor debe desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227 LSC), la Audiencia recordó la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 889/2012, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4586), en relación con el concepto de *interés social*:

En una sociedad de capital, el interés social, aunque no se agote en el interés propio de sus socios, viene en gran medida conformado por dicho interés. No en vano, la sociedad tiene una connatural finalidad económica (lucro), que presidió su constitución y el desarrollo de su actividad, y que ordinariamente redundaba en beneficio de sus socios. Lo anterior no impide que al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, pueda hablarse de un interés de la propia sociedad. Este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos, y por eso la jurisprudencia referencia el interés social al interés del conjunto de los socios.

§ 9. Así, siguiendo lo expuesto en la referida resolución del Tribunal Supremo, el tribunal de apelación afirmó que, a los efectos de la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de lealtad,

lo relevante es que «los administradores se abstengan de anteponer su interés personal al de la sociedad, que en principio viene configurado por el interés del conjunto de los socios». Siempre, claro está, que la conducta de los administradores, respondiendo a lo que hubiera sido convenido por los socios, no llegue a perjudicar los legítimos derechos de terceros (por ejemplo, los de los acreedores, que podrían verse afectados por la insolvencia a la que pudiera conducir una determinada política de retribuciones en la medida en que llegara a afectar gravemente a la capacidad de pago o de cumplimiento de las obligaciones sociales).

2.2. *El conflicto de intereses en el seno de los órganos sociales*

§ 10. Como apunta la sentencia reseñada, en el trance de decidir sobre su retribución, el administrador se encuentra en una evidente situación de conflicto de intereses porque el suyo particular (obtener la mayor retribución por sus servicios) colisiona con el interés de la sociedad (que él mismo está obligado a perseguir). De ahí que pese sobre él, en cuanto administrador, el deber de abstenerse de participar en la deliberación y en la votación de acuerdos o decisiones en las que él (o una persona vinculada) tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (art. 228c LSC).

§ 11. Sin embargo y teniendo en cuenta que el artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital no es susceptible de interpretación extensiva, la Audiencia precisó que el administrador/socio no queda sometido al deber de abstención previsto en dicho precepto cuando se trate de adoptar en la junta general un acuerdo sobre su retribución. Cuestión

distinta es que quepa la impugnación de los acuerdos con este contenido y que sea aplicable en ese caso el artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital si se dan los requisitos para ello (que el conflicto efectivamente exista y que el voto del socio/administrador en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo). Por tanto, existiendo al tratar de su retribución un conflicto entre el interés del socio/administrador y el social (conflicto que en este supuesto no es de carácter posicional), recaería sobre la sociedad (y, en su caso, sobre los socios afectados por el conflicto) la carga de probar la conformidad del acuerdo con el interés social (cfr. STS 310/2021, de 13 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:1859]).

2.3. *La responsabilidad por la percepción de retribuciones excesivas*

§ 12. Ahora bien, según se anticipó más arriba, el acuerdo de la junta general de julio del 2017 por el que se fijó la nueva retribución para el administrador demandado no fue impugnado. No obstante, y como es obvio y se ocupó de recordar la Audiencia Provincial, el ordenamiento prevé otros remedios —más allá de las acciones impugnatorias— para corregir las consecuencias de la infracción del deber de lealtad. En particular, la ley dispone que «la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador» (art. 227.2 LSC). A ello debe añadirse que el ejercicio de la acción de responsabilidad «no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores

con violación de su deber de lealtad» (art. 232 LSC).

§ 13. En este caso se ejerció la acción social de responsabilidad (art. 236 LSC) solicitando la devolución de las cantidades percibidas por el administrador con base en el acuerdo adoptado en el 2017. Se dio la particularidad de que (al amparo del artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital) fue ejercida por el socio minoritario y no por la propia sociedad, cuya junta se pronunció en el 2019 en contra de su ejercicio (en rigor, a la vista de la actual redacción del artículo 239.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la acción podía igualmente haber sido ejercida «directamente» por el minoritario sin necesidad de someter la decisión a la junta, dado que su fundamento radicaba en la infracción del deber de lealtad).

§ 14. En relación con lo anterior, la Audiencia de Barcelona recordó, de la mano en este caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 391/2012, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5815), que, para eludir la responsabilidad derivada del daño eventualmente causado a la sociedad, no es suficiente que los acuerdos societarios que fijen la retribución de los administradores no hubieran sido impugnados en su momento (recuérdese, a este propósito, que no exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general —art. 236.2 LSC—). Y es que los administradores sociales deben responder frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de las cantidades percibidas cuando se trate de las llamadas *remuneraciones tóxicas* contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad

societaria y la ética social (en relación con estas cuestiones, la Audiencia cita en su apoyo las sentencias del Tribunal Supremo 165/2004, de 5 de marzo [ECLI:ES:TS:2004:1509]; 1049/2006, de 24 octubre [ECLI:ES:TS:2006:6403], y 377/2007, de 29 de marzo [ECLI:ES:TS:2007:2220]).

§ 15. Descendiendo precisamente al litigio planteado, la Audiencia centró el debate en la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores. En concreto, entró a decidir si la retribución controvertida era desproporcionada y abusiva y, por ende, si su percepción constituía una conducta antijurídica que hubiera ocasionado un daño al patrimonio social.

§ 16. El punto de referencia lo constituyó, por tanto, el artículo 217.4 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual 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.

§ 17. En nuestro caso, la Audiencia Provincial constató que la actividad de la sociedad se había mantenido invariable desde el 2011 y que tampoco se habían producido cambios en la situación económica de la compañía que justificaran un incremento de la remuneración como el acordado en el 2017. De hecho, la única modificación relevante verificada fue de naturaleza orgánica: el órgano de administración pasó de ser un consejo a estar integrado por un administrador

único. No obstante, según la sentencia que nos ocupa, este cambio no llevó aparejado un aumento de las funciones y responsabilidades del demandado capaz de fundamentar la percepción de una mayor retribución (recuérdese que pasó de los 5000 euros mensuales que recibía en calidad de consejero delegado a los 7400 que percibió mensualmente como único administrador, lo que suponía más de un 20 % de la cifra de negocios de la compañía). Según se consideró probado, su actividad de gestión no sufrió alteraciones (no se hizo más intensa, exigente o gravosa) en relación con la que ya llevaba a cabo antes del aumento de sus retribuciones. A ello hay que sumar que no se puso en cuestión por las partes la procedencia de la cuantía de la remuneración que venía percibiendo el demandado como consejero delegado hasta el 2017 ni se acreditó el carácter desproporcionado de tal retribución.

§ 18. En consecuencia, la Audiencia vino a considerar que carecía de justificación desde el punto de vista del interés de la compañía el incremento de la retribución del administrador demandado de 5000 a 7400 euros mensuales. Apreció así la infracción del deber de lealtad y entendió que el daño causado alcanzaba la suma de 57 600 euros, esto es, el exceso (2700 euros mensuales) percibido durante los años 2017 y 2018 sobre la remuneración anteriormente percibida ($24 \cdot 2400 = 57\ 600$). De esta manera, estimando en parte la demanda, se condenó finalmente al administrador demandado a restituir a la compañía dicha cantidad.