

¿Se imputan a la sociedad o al nuevo socio comprador los actos propios del socio único?

Un problema de retribución de los administradores sociales

Ángel Carrasco Perera y Fernando Marín de la Bárcena

Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El alcance de la reserva estatutaria en materia de retribución de administradores

Bajo el imperio del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas/1989 (art. 217 LSC), llegó a ser doctrina de los tribunales que la remuneración de los administradores debía ser fijada en todo caso en los estatutos sociales y que esta exigencia de tutela de los socios ajenos a la administración de la compañía (socios minoritarios normalmente) no podía ser eludida mediante el expediente de celebrar con el administrador un contrato «laboral» de alta dirección o civil de «arrendamiento de servicios» donde el consejo de administración y el administrador «laboralizado» pactaran las condiciones económicas que quisieran.

El clímax de esta jurisprudencia se alcanza con dos célebres sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 13 de noviembre del 2008 (RJ 2009, 59 y 453) en las que se recoge la doctrina consolidada de las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo y se aplica a la cuestión de la deducibilidad fiscal de las retribuciones pagadas por la sociedad.

Estas sentencias pivotaban sobre dos postulados radicales. Primero, una rigurosa interpretación del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas/1989 sobre lo que debía entenderse por determinación estatutaria del carácter retribuido del cargo y por sistema de la retribución del administrador. Segundo, la

recepción de la citada «doctrina del vínculo», creada por la Sala de lo Social y desarrollada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme a la cual no son compatibles la vinculación orgánico-societaria del administrador con la sociedad y la vinculación laboral (o contractual, mediante arrendamiento de servicios de consultoría) para el desarrollo de las mismas funciones ejecutivas y de dirección de la empresa, siendo finalmente éstas (la laboral o la civil) absorbidas por aquella (la orgánico-societaria).

Con todo, los matices resultaban inevitables. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 31 de octubre del 2007 se trataba de una sociedad de socio único. El Tribunal Supremo considera conducta contraria a la buena fe prevalerse del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas para negar la obligación societaria de abonar la remuneración establecida en el contrato como administrador. No existiendo alteridad entre sociedad y socio (único), no tiene sentido invalidar una obligación de pago que no puede ser ajena al socio único, como dueño material de la sociedad. No puede ser aplicable el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando decae el supuesto de hecho protector de la norma, a saber, que existan socios no partícipes y ajenos a las decisiones sobre retribución de los administradores, en particular en lo que se refiere a la indemnización por cese en el cargo, lo cual afecta al principio de revocabilidad *ad nutum*.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de abril del 2007, el contrato de administración (de alta dirección) con su cláusula de indemnización por cese, que tampoco estaba prevista en los estatutos, había sido autorizado por el Consejo de Administración integrado por dominicales designados por todos los socios (varias empresas y Administraciones Públicas). El tribunal afirma que la *ratio legis* del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas es «proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores cambien la retribución por propia decisión», pero añade que la autorización del Consejo «carece del necesario sentido unívoco» como acto concluyente «de exteriorización de la efectiva conformidad de todos los socios» respecto del derecho al cobro de la indemnización. Es de suponer que, si en ese Consejo hubiesen participado representantes orgánicos de los socios, la solución habría sido distinta.

Con esto llegamos al caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre del 2015. La administradora única de una sociedad anónima unipersonal tenía suscrito desde hacía años un denominado «contrato de alta dirección» con la compañía en el que estaba previsto, aparte de otras retribuciones, el cobro de una indemnización en caso de cese injustificado en el cargo. Era ésta una indemnización contradictoria con los estatutos de la sociedad que, desde el 2006, establecían que el cargo de administrador sería retribuido mediante una asignación fija anual, dietas de asistencia a las reuniones del Consejo e indemnizaciones de gastos por desplazamiento, pero nada decían sobre indemnización por cese.

En octubre del 2008 cambió el socio único (que en su momento había firmado el contrato «laboral» de alta dirección) y el nuevo socio, adquirente del cien por cien de las acciones, decidió cesar a la administradora única, pero se negó a pagarle la indemnización prevista en el contrato alegando que dicha retribución no constaba en los estatutos, como establecen los artículos 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

La administradora reclamó ante los juzgados de lo Social el pago de la indemnización prevista en el contrato de alta dirección, pero su pretensión se desestimó por falta de jurisdicción mediante la aplicación de la doctrina del vínculo («La remuneración fijada en el contrato de alta dirección retribuía las funciones que como administradora realizaba la demandante»). Entonces interpuso demanda ante un juzgado civil que estimó la pretensión y ésta fue confirmada en fase de apelación.

La Sentencia de la Audiencia de Madrid de 17 de julio del 2013 declaró que el acto propio generado en un principio por la sociedad, cuando pertenecía al antiguo socio único, mediante la firma del contrato de administración con su cláusula de indemnización por cese «se propaga en sus efectos al que trae causa de la misma, pues es efecto característico de la transmisión derivativa. Y ello, aunque, con más propiedad, habría que referir el acto propio a la sociedad en sí, cuya personalidad jurídica no ha variado ni se ha visto afectada por las transmisiones de sus acciones».

El nuevo socio único no podría considerarse tercero de buena fe protegido por la falta de constancia en el Registro Mercantil de este concepto retributivo para el administrador saliente: «Porque se incide en la confusión entre sociedad obligada al pago y sociedad adquirente del capital social de aquella. Ésta, al adquirir las acciones en su totalidad, pasa a regentar una sociedad con personalidad jurídica independiente y separada de la de su socio, de modo que no hay ruptura alguna (ni siquiera sucesión) en las obligaciones contraídas con terceros o con personas integradas en la misma por la sociedad adquirida».

2. Los propios actos y la reserva estatutaria del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital

La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada desde mediados del siglo XIX por una jurisprudencia constante que luego ha acabado reconduciendo aquella doctrina al principio de buena fe del artículo 7 del Código Civil (CC). Para los efectos que siguen, bástanos decir que se trata de una doctrina a medio camino entre

la vinculación que directamente resulta del contrato y la regla de la responsabilidad por apariencia.

La sentencia de la Audiencia se atuvo en el presente caso a la doctrina de los propios actos, en el sentido de que «el acto propio generado inicialmente por la sociedad propagaría sus efectos con la transmisión de las acciones a un nuevo socio único». Estimó por tanto que la sociedad (cuyo subyacente es ahora en exclusiva el socio único adquirente) debía considerarse «vinculada» por el acto propio del socio único vendedor, el cual, años atrás, formalizó con la administradora demandante el contrato de administración societaria que incluía la indemnización referida.

Según la sentencia del Tribunal Supremo, por el contrario, «la doctrina de los actos propios sólo puede ser opuesta frente a quien realizó la actuación que se considera vinculante [...] puesto que se trata de un acto personalísimo y en el presente caso el acto propio no es tanto de la sociedad (pues en tal caso, de existir contrato de alta dirección, nunca podría alegarse como obstáculo para la efectividad de la retribución la ausencia de reflejo estatutario, y el artículo 130 LSA quedaría vacío de contenido) como del socio concededor del acuerdo de retribución con el administrador y que no puede pretender posteriormente la tutela que supone la previsión del artículo 130 TRLSA».

En nuestra opinión, la doctrina de la Audiencia, tal como se expone, es inobjetable, siempre que de verdad el acto propio haya sido *generado por la sociedad*. Pero en ningún caso ocurren las cosas exactamente así, porque la generación del acto —que luego se imputa a la sociedad o no— sólo puede haberse producido en la persona del socio único o en la persona del administrador. Es decir, el acto propio de la sociedad tiene que ser primera y sustancialmente un acto propio de alguna persona física y que sea luego imputable a la sociedad en virtud de alguna regla jurídica societaria o contractual.

Tanto en el texto de la sentencia del Tribunal Supremo como en la de la Audiencia se manejan con algún equívoco cuatro pares conceptuales que han de mantenerse separados.

Primero, el acto *propio del administrador* (firmante), que se imputa a la *sociedad* en su calidad de representante orgánico (art. 234 LSC). Segundo, el acto propio del *socio único vendedor* que en su caso pueda imputarse a la *sociedad*. Tercero, el acto *propio de la sociedad como tal*. Por último, el acto propio del socio único *vendedor* que en su caso pueda imputarse al socio único *comprador*.

Es evidente, sin más, que *ceteris paribus*, el acto propio del *socio*, aunque sea el titular de todo el capital social, no se puede imputar a la sociedad unipersonal, de la misma forma que el acto propio de la *sociedad*, como acto propio del *administrador* que es imputado a aquélla, tampoco puede imputarse al *socio único* como acto propio de éste, aunque de hecho el socio único también llegue a ser el administrador único de la compañía.

Es también evidente que el acto propio *de la sociedad* (que tendrá que haber sido efectuado por alguna persona física que represente a aquélla) vincula a la propia sociedad en los términos ordinarios de la doctrina sobre actos propios desarrollada por la jurisprudencia en aplicación del artículo 7 del Código Civil. Por tanto, en contra de la opinión del Tribunal Supremo, los propios actos a que se refiere la regla de la buena fe no son «personalísimos», porque, si así fuera, la sociedad nunca quedaría vinculada por «sus» propios actos.

En nuestra opinión, el acto propio del *socio* o de la *sociedad* sólo podría ser imputado «arriba y abajo del velo de la personalidad separada» si se dieran las condiciones de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. En efecto, no tiene sentido que, bajo estas condiciones, se pueda imputar una responsabilidad tras el velo de la personalidad y que, sin embargo, no se pudiera imputar un acto propio en el sentido de la jurisprudencia relativa al artículo 7 del Código Civil. No vamos a considerar ahora las condiciones de aplicación de esta doctrina del «levantamiento».

En principio, no existe ninguna razón por la que el administrador social no pudiera ser beneficiario de la aplicación de la doctrina de los propios actos, neutralizando de esta forma el efecto adverso que le pueda producir el

artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital. Basta decir al respecto que no existe ninguna objeción a que el administrador pueda confiar legítimamente en que el acto del socio único se imputa a la sociedad o viceversa. Con todo, después explicaremos cómo en el presente caso no es necesario acudir a dicha hipótesis.

¿Se imputará a la sociedad el *acto propio* del administrador social? Aquí hay que hacer distinciones. Parece claro que frente a terceros ajenos a la sociedad, el acto propio del administrador social se imputa siempre a la sociedad si dicho acto se produce en el desempeño (no extralimitado) de las funciones y competencias propias del cargo en su condición de representante orgánico (art. 234 LSC). Porque sería un sinsentido que no se pudiera imputar el acto propio del administrador a la sociedad, cuando se puede imputar a la sociedad la voluntad contractual, la culpa *in contrahendo*, la *propia turpitud*, la culpa y el dolo civil o penal, etcétera, del administrador.

Pero el acto propio del *administrador* no se puede imputar *contra* la sociedad y en favor del propio administrador como beneficiario de la confianza generada por su propia conducta porque se trataría de un supuesto circular en el que no se generaría una necesaria protección de la confianza. Por eso la sociedad es titular, entre otras, de la acción social de responsabilidad, sin que el administrador pueda oponerle eventualmente la excepción *in pari delicto* con fundamento en que su condición de representante orgánico sirvió para «infectar» a la propia sociedad del mismo virus (de responsabilidad) en que incurrió el administrador. Por la misma razón, la sociedad siempre puede pedir la restitución de pagos indebidos hechos a sí misma por el administrador, sobre la base de un contrato de administración celebrado por él en su propio nombre y en el de la sociedad (problemas de autocontratación al margen).

Con todo, en nuestro supuesto no es la doctrina de los propios actos la que la demandante (ex administradora única) podía querer imputar a la sociedad demandada. Lo que podría oponer es la doctrina jurisprudencial misma que excepciona de la regla de reserva

estatutaria del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital los contratos celebrados con el administrador por la sociedad de socio único porque, en esos casos, la norma que exige la constancia estatutaria pierde su finalidad de protección. No se trata entonces de que los actos propios del socio o del administrador se imputen a la sociedad, sino que ésta se encuentra vinculada por el *contrato* de administración y debe pagar la indemnización, ya que, en el presente supuesto, conforme a la doctrina jurisprudencial, no se aplicaría la regla de la reserva estatutaria de los artículos 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 217 de la Ley de Sociedades de Capital. El conflicto resuelto en esta sentencia, como en la de 31 de octubre del 2007, es un conflicto propio del derecho de contratos (del art. 1255 CC), no un conflicto de simple protección de la buena fe en términos de la doctrina de los actos propios.

Y con esto nos precipitamos hacia la conclusión final.

Si la administradora podía oponer a la sociedad la validez del contrato retributivo, merced a la inaplicabilidad de la mencionada reserva estatutaria, entonces se la puede oponer a la sociedad *en todo caso*, sin importar si en el momento en que se pretenda esta oposición es uno u otro el socio único de la sociedad en cuestión. El «acto» en cuestión (el contrato de administración sin base estatutaria) ya fue imputado a la sociedad en virtud del contrato mismo (válido) de administración. La sociedad estaba «obligada», no por el acto propio del socio ni del administrador, que eventualmente se imputaría a la sociedad, sino por *su propio* acto contractual válido. Y en este sentido, en fin, tiene razón la sentencia de la Audiencia cuando sostiene que «con más propiedad habría que referir el acto propio a la sociedad en sí, cuya personalidad jurídica no ha variado ni se ha visto afectada por las transmisiones de sus acciones».

Carece incluso de importancia que el socio nuevo (adquirente) conociera o no la existencia de aquel contrato y de las circunstancias en que se había celebrado y también que el socio comprador se hubiera obligado o no con el socio vendedor a no hacer reclamaciones por los actos relativos a la administración

que fueran anteriores a la compra de las acciones.

Fuera de la doctrina de los actos propios, hay otra consideración hecha por la sentencia del Tribunal Supremo que merece también una reflexión. La sentencia concede como cosa evidente que la *sociedad* no puede solicitar la nulidad del contrato o la restitución de las cantidades frente al administrador único porque el comprador ha renunciado frente al vendedor a realizar ninguna reclamación relativa a la administración de la sociedad con anterioridad a la venta. Pero, ¿por qué es evidente que un

compromiso entre partes del contrato de compraventa de acciones puede vincular o puede imputarse a la sociedad de alguna manera? Es posible que un contrato de compraventa de acciones contenga una estipulación *en favor* de la sociedad, pero no es eficaz un pacto de este tipo entre vendedor y comprador *en contra* de la sociedad, que es lo que en definitiva concluye como válido la sentencia comentada. Una heteroeficacia de esta clase sólo podría haberse justificado si la sentencia hubiera defendido —no lo hace— que el acto *propio del socio comprador* se imputa a la *sociedad* merced a la doctrina del *levantamiento del velo*.