



Roj: STS 4296/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100375  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1996/2009  
Nº de Resolución: 372/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

**SENTENCIA**

Sentencia Nº: 372/2012

Fecha Sentencia: 13/06/2012

CASACIÓN

Recurso Nº: **1996/2009**

Fallo/Acuerdo:

Votación y Fallo: 23/05/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Gimeno Bayón Cobos

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: ezp

Nota:

SOCIETARIO: ADMINISTRADORES: RETRIBUCIÓN

CASACIÓN Num.: **1996/2009**

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Gimeno Bayón Cobos

Votación y Fallo: 23/05/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 372/2012

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Antonio Salas Carceller

D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a trece de Junio de dos mil doce.

#### CASACIÓN PRIMERA INSTANCIA

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por don Maximiliano , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) el día treinta y uno de julio de dos mil nueve, en el recurso de apelación 26/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 2 de Pontevedra en los autos 12/2008.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Maximiliano , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Aroca Flórez.

En calidad de parte recurrida ha comparecido Frigoríficos Fandiño S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Cano Lantero

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. La Procuradora doña Isabel Sanjuán Fernández, en nombre y representación de Frigoríficos Fandiño S.A., interpuso demanda contra don Maximiliano .

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

SUPLICO AL JUZGADO, que habiendo por presentado este escrito junto con sus documentos y copias, se sirva admitirlos, teniendo por promovida en nombre de mi representada demanda de ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD contra D. Maximiliano , y, seguido el juicio por sus trámites, se sirva dictar sentencia comprensiva de los siguientes pronunciamientos:

1) Condenar al demandado a reintegrar a la sociedad FANDICOSTA, S.A. todas las retribuciones percibidas por el mismo (directamente o a través de TEBRA, S.A.) durante los ejercicios 2000 a 2004, ambos inclusive, como consejero delegado y administrador de la sociedad FANDICOSTA, S.A., y que ascienden a 1.269.865,69 # por infracción del artículo 130 de la LSA al no haber previsión de retribución al órgano de administración en los Estatutos Sociales de la entidad.

2) Imponga las costas de este proceso a la demandada

Petición subsidiaria

En el supuesto de que no sea acogida la primera de las peticiones y que entendemos más ajustada a derecho.

1) Condenar al demandado a reintegrar a la sociedad FANDICOSTA, S.A. las retribuciones (directamente o a través de TEBRA, S.A.) como consejero delegado y administrador de la sociedad FANDICOSTA, S.A., y que ascienden a 597.998 #excesivamente

percibidas por incorrecto cálculo del cash - flow sobre el que se establece una prima del 5% y 6,5% .

2) Condenar al demandado a reintegrar a la sociedad FANDICOSTA, S.A. las retribuciones (directamente o a través de TEBRA, S.A.) como consejero delegado y administrador de la sociedad FANDICOSTA, S.A., y que ascienden a 384.607,65 # excesivamente percibidos por superar la prima del 5% y 6,5%, aun aplicando la fórmula de cálculo de cash - flow aportada en la Junta de FANDICOSTA de 9 de diciembre de 2004.

3) Imponga las costas de este proceso a la demandada

3. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos 12/2008 de juicio ordinario.

##### SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

4. En los expresados autos compareció don Maximiliano representado por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Torres Álvarez, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

AL JUZGADO SOLICITO que habiendo por presentado este escrito con sus documentos adjuntos, se sirva admitirlo teniéndose por contestada la demanda y en su día, tras los trámites legales de rigor, se dicte sentencia desestimando la demanda e imponiendo a la actora el pago de las costas.

#### TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

5. Seguidos los trámites oportunos, el día seis de octubre de dos mil ocho recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

Que con estimación parcial de la demanda deducida por la representación procesal de FRIGORÍFICOS FANDIÑO, SA, condeno a DON Maximiliano a abonar a la sociedad la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO

CÉNTIMOS, con desestimación del resto de pedimentos. Cada parte soportará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes."

#### CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

6. Interpuestos sendos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones de Frigoríficos Fandiño S.A. y de don Maximiliano , y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) con el número de recurso de apelación 26/2009 , el día treinta y uno de julio de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

#### FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Isabel Sanjuán Fernández, en nombre y representación de la entidad mercantil "Frigoríficos Fandiño, S.A.", contra la sentencia de fecha 6 de Octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra .

Segundo.- Confirmar en su integridad la reseñada resolución apelada.

Tercero.- Imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Cuarto.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Carmen Torres Álvarez, en nombre y representación de D. Maximiliano , contra la sentencia de instancia anteriormente referenciada.

Quinto.- Confirmar en su integridad la reseñada resolución apelada.

Sexto.- Imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### QUINTO: EL RECURSO

7. Contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) en el recurso de apelación 26/2009 el día treinta y uno de julio de dos mil nueve, la Procuradora de los Tribunales

doña Carmen Torres Álvarez, en nombre y representación de don Maximiliano , interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

1) Infracción por interpretación errónea del artículo 133 en relación con el 134 ambos de la Ley de Sociedades Anónimas

2) Infracción por interpretación errónea del artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas

#### SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO

8. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación **1996/2009**.

9. Personado don Maximiliano bajo la representación de la Procuradora doña Belén Aroca Flórez, el día trece de julio de dos mil diez la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

#### LA SALA ACUERDA

1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Maximiliano , contra la Sentencia dictada, en fecha 31 de julio de 2009, por la Audiencia Provincial de

Pontevedra (Sección Primera), en el rollo nº 26/2009 , dimanante del juicio ordinario nº 12/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

2º) De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC 2000 , entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

10. Dado traslado de los recursos, la Procuradora doña Adela Cano Lantero en nombre y representación de Frigoríficos Fandiño S.A. presentó escrito de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

#### SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintitrés de mayo de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos, Magistrado de Sala

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### NOTA PREVIA

Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

#### PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

##### 1. Hechos

12. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

1) Desde su constitución hasta el 15 de diciembre de 2004, el sistema de administración de la compañía FANDICOSTA, S.A. era el de Consejo de Administración integrado por seis miembros.

2) No obstante quien de facto administraba la sociedad era el Consejero Delegado don Maximiliano que, además, ostentaba el cargo de Director Gerente con plenos poderes.

3) Pese a que en los estatutos de la sociedad no se establecía retribución alguna a favor de los administradores, en los ejercicios 2000 a 2004 don Maximiliano percibió diferentes cantidades, en parte directamente y en parte valiéndose de la entidad Tebra, S.A. de la que era administrador.

4) La Junta General de FANDICOSTA, S.A. de 15 de diciembre de 2004, fijó una retribución a favor de don Maximiliano en su condición de administrador, de 50.600,17 euros en concepto de sueldo y una prima del 6,5% del cash-flow generado en el ejercicio.

5) En ejecución de dicho acuerdo don Maximiliano percibió 50.600,17 euros y una prima de 204.784,37 euros.

6) A demanda de Frigoríficos Fandiño, S.A., el acuerdo de retribución fue anulado por sentencia de 22 de Julio de 2005 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra en el procedimiento ordinario 59/2005.

##### 2. Posición de las partes

13. La demandante ejercitó la acción de responsabilidad social prevista en el artículo 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a fin de que se condenase a don Maximiliano a restituir a la sociedad las cantidades cobradas durante los ejercicios 2000 a 2004.

14. El administrador demandado suplicó la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

##### 3. Las sentencias de instancia

15. La sentencia de la primera instancia, confirmada por la de apelación, estimó en parte la demanda y condeno a don Maximiliano a pagar a Fricosta S.A. nada más las cantidades correspondientes al ejercicio 2004, al haber sido anulado el acuerdo adoptado en la Junta que aprobó las cuentas de dicho ejercicio, y desestimo la pretensión de reintegro de las cantidades percibidas en los ejercicios anteriores.

##### 4. El recurso

16. Contra la expresada sentencia don Maximiliano interpuso recurso de casación que seguidamente analizaremos.

## SEGUNDO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

17. El primero de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción por interpretación errónea del artículo 133 en relación con el 134 ambos de la Ley de Sociedades Anónimas

18. En su desarrollo la recurrente sigue dos líneas argumentales: 1) que no se ha producido daño alguno a la sociedad ya que fue fijada por acuerdo de la Junta General desconociendo que en los estatutos de la sociedad no se contenía previsión sobre este extremo; y 2) que la condena a devolver la totalidad de lo percibido provoca el enriquecimiento sin causa de la sociedad.

### 2. Valoración de la Sala

#### 2.1. La existencia de daño.

19. El motivo contiene una pluralidad de alegatos heterogéneos que impide identificar cual es la infracción que realmente se denuncia que, además, como si la casación constituyese una tercera, no se conecta con los preceptos que se dicen infringidos. A lo que hay que añadir, que el daño consiste en el menoscabo económico por la diferencia entre la situación del patrimonio de quien lo sufre y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, ya por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre ha de comprender en su plenitud las consecuencias del acto lesivo (entre otras, en este sentido, sentencia 552/2011, de 17 de julio ). En el caso, no se ha cuestionado la realidad de un desplazamiento del patrimonio de la sociedad al del demandado, consistente en el pago de la "retribución", causante de una disminución patrimonial que al carecer de justificación -dado que su único amparo se halla en un acuerdo declarado nulo-, debe calificarse de daño.

20. Así lo declara la sentencia recurrida -aunque lo califica de "perjuicio", al afirmar que "hay un actuar (...) causante de un perjuicio a la sociedad, al

percibir los emolumentos" -De tal forma que, al negar el daño, el motivo hace supuesto de la cuestión y rechaza la evidencia.

#### 2.2. La responsabilidad por ejecución de acuerdos dañosos.

21. Además, el artículo 133.4 TRLSA , aplicable por razones temporales para la decisión de la controversia -hoy 236.2 TRLSC- disponía que "[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", por lo que el deber de responder por la percepción de las llamadas retribuciones tóxicas, contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral, no pueden ampararse en la existencia de acuerdos sociales, ni siquiera cuando estos hubieran sido anulados.

22. Lo expuesto, alcanza su máximo exponente cuando se trata de acuerdos anulados que no cabe justificar en un inadmisibles desconocimiento de los estatutos, el cual, de ser cierto, revelaría una gravísima negligencia de quien está obligado a observar una conducta ajustada a la diligencia de un ordenado empresario - artículos 127 TRLSA y hoy 225.1 TRLSC-, con estricto acatamiento a los deberes impuestos por las leyes y los estatutos - artículos 127 bis TRLSA y hoy 226 TRLSC-.

#### 2.3. El enriquecimiento y las cuestiones nuevas.

23. Como ha declarado la sentencia 893/2012, de 19 de diciembre , la nulidad de un contrato ejecutado en parte produce consecuencias restitutorias -el artículo 1303 del Código Civil -, por lo que, ante la imposibilidad de restitución de servicios ya prestados, procede valorar en su justa medida la dedicación de quienes han desarrollado actividades propias de altos directivos al amparo de un contrato de alta dirección o de un acuerdo declarado nulo, a fin de cuantificar el daño realmente causado a la sociedad. Sin embargo, hemos declarado (entre las más recientes, en sentencia 105/2011, de 1 de marzo , y las en ella citadas) que no resulta admisible plantear en casación cuestiones no tratadas en apelación, ya que el recurso extraordinario tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada al tratar las



cuestiones sobre las que se haya pronunciado, sin que en este caso lo haya hecho sobre el pretendido enriquecimiento injusto.

#### TERCERO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO

##### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

24. El segundo motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

Infracción por interpretación errónea del artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas

25. En su desarrollo la recurrente afirma que desempeñó actividades propias de un alto directivo para cuya retribución podría haber acudido a otros cauces a fin de que fuese formalmente legal, por lo que, en definitiva, no puede decirse que su actuación fuese negligente.

##### 2. Valoración de la Sala

2.1. La exigencia de constancia estatutaria de la retribución de los administradores.

26. 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, con cita de las 445/2001, de 9 de mayo, y 1147/2007, de 31 de octubre-. Sin embargo, este no es el caso en el que la demandante, que carecía de poder decisorio, se opuso al acuerdo que fijó la retribución del administrador.

2.2. Desestimación del motivo.

27. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo, ya que no se puede eludir la exigencia de previa constancia estatutaria, al amparo de la posibilidad hipotética de una futura modificación estatutaria a fin de incluirla, o de la existencia de otros cauces, sobre cuya idoneidad y

licitud no nos corresponde decidir, para retribuir la tarea desempeñada por el administrador.

#### CUARTO: COSTAS

28. Procede imponer las costas del recurso a la recurrente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con expresa declaración de temeridad a tales efectos, dada la falta de razonabilidad del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Maximiliano, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Aroca Flórez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) el día treinta y uno de julio de dos mil nueve, en el recurso de apelación 26/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 2 de Pontevedra en los autos 12/2008.

Segundo: Imponemos al expresado recurrente don Maximiliano las costas del recurso de casación que desestimamos con expresa declaración de temeridad a tal efecto.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- Juan Antonio Xiol Ríos.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno Bayón Cobos.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.