



Roj: **STS 2735/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2735**

Id Cendoj: **28079110012015100333**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2015**

Nº de Recurso: **394/2013**

Nº de Resolución: **286/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2692/2012,**
STS 2735/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla.

Los recursos fueron interpuestos la entidad Garmendia Hermanos S.A., Onesimo , Segundo y Carlos Manuel , representados por el procurador Luciano Rosch Nadal.

Es parte recurrida Ángel Daniel , representado por el procurador Ramiro Reynolds de Miguel.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Julio Paneque Caballero, en representación de Ángel Daniel , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, contra la entidad Garmendia Hermanos S.A., Segundo , Carlos Manuel , Onesimo , para que se dictase sentencia:

"que con plena estimación de esta demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:

1) *Se declare nula y sin efecto alguno la Junta General de Accionistas de la sociedad Garmendia Hermanos S.A. celebrada el 6 de noviembre de 2006 por la infracción alegada consistente en la vulneración del derecho del accionista a información sobre los puntos objeto de la Junta.*

2) *Subsidiariamente de no aceptarse la anterior pretensión, se declare la nulidad del acuerdo adoptado bajo el Punto Séptimo del Orden del Día, por el que se rechaza por una mayoría del 52'8% (precisamente los dos administradores responsables y demandados que siguen siendo accionistas) el recurrente la entidad Garmendia Hermanos S.A., Onesimo , Segundo y Carlos Manuel , representados por el procurador Luciano Rosch Nadal; y como parte recurrida Ángel Daniel , representado por el procurador Ramiro Reynolds de Miguel. inicio de acciones legales por parte de la sociedad para ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 .*

3) *Se declare la responsabilidad social de los administradores demandados, condenándoles a la devolución a la sociedad, de forma solidaria, de la cantidad total de 789.821,21 euros (cantidad actualizada de 621.174,78 euros, que se piden subsidiariamente), de las que 593.098,22 euros (cantidad actualizada de 472.602,68 euros) corresponden a retribución de los administradores y 196.722,99 euros (suma actualizada de 148.572,10 euros) a*



retribución de apoderado, más los intereses desde la fecha de emplazamiento en esta demanda, en la siguiente forma:

- solidariamente todos ellos hasta la suma que percibieron hasta 2000, es decir, hasta la suma de 590.168,97 euros (suma actualizada de 445.716,30 euros)

- solidariamente, además de la cantidad anterior, Don Segundo y Don Onesimo de la suma percibida por ambos desde 2001, ascendente a 199.652,24 euros (suma actualizada de 175.458,48 euros).

4) Se declare la responsabilidad individual de los tres administradores demandados frente a mi mandante, condenándoles al abono a D. Ángel Daniel de la cantidad de 139.008,53 euros (suma actualizada de 109.326,76 euros), más los intereses desde la fecha de emplazamiento y notificación de la presente demanda, suma correspondiente a su participación accionarial en la total cantidad percibida indebidamente por los administradores dado los acuerdos de distribución de todas las reservas existentes y dividendos, en la siguiente forma:

- solidariamente todos ellos hasta la suma de 103.869,74 euros (suma actualizada de 78.446,09 euros).

- solidariamente, además de la cantidad anterior, Don Segundo y Don Onesimo de la suma de 35.138,79 euros (suma actualizada de 30.880,69 euros).

Concurriendo el presente pronunciamiento y siendo complementario y consecuencia del anterior, y al objeto de evitar la duplicidad de condena parcialmente sobre las cantidades pedidas en esta pretensión y a satisfacer por los administradores, la cantidad a devolver directamente a mi mandante como consecuencia de la estimación de su acción individual de responsabilidad deberá deducirse de las que deban abonar en virtud del pronunciamiento anterior nº 3

5) Se condene a todos los demandados al pago de las costas del presente procedimiento."

2. El procurador José María Gragera Murillo, en representación de la entidad Garmendia Hermanos S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición a la parte actora de las costas."

3. El procurador José María Gragera Murillo, en representación de Onesimo y Segundo, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición a la parte actora de las costas."

4. El procurador José María Gragera Murillo, en representación de Carlos Manuel, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, por cualquiera de las razones expresadas en este escrito, se absuelva a mi mandante de todos y cada uno de los pedimentos que contra él se interesan en el suplico de la demanda. La sentencia que se dicte deberá condenar al actor al pago de las costas del presente procedimiento."

5. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla dictó Sentencia con fecha 7 de mayo de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por el Procurador Julio Paneque Caballero en nombre de D. Ángel Daniel contra Garmendia Hermanos S.A., D. Segundo, D. Onesimo y contra D. Carlos Manuel y absuelvo a los demandados de la demanda contra ellos promovida, condenando a la parte actora al pago de las costas."

Tramitación en segunda instancia

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ángel Daniel.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante Sentencia de 21 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Julio Paneque Caballero, en nombre y representación de D. Ángel Daniel, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario 629/06, con fecha 7 de Mayo de 2010, la debemos revocar y revocamos parcialmente, en el sentido de que, con estimación parcial de la demanda, procede declarar nulo el punto séptimo de la Junta General de Accionistas celebrada el día 6 de Noviembre de 2006 y debemos condenar y condenamos a los demandados Don Segundo la suma de 236.301,34 euros, a Don Onesimo la suma de 236.301,34 euros y Don Carlos Manuel la suma de 148.572,10 euros, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, cantidades que serán devueltas a la entidad GARMENDIA HERMANOS, S.A., sin



declaración en cuanto a las costas de ambas instancias, y confirmándola en los demás pronunciamientos que no se opongan a la presente."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de los recursos de casación

7. El procurador José María Gragera Murillo, en nombre y representación de la entidad Garmendia Hermanos S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) *Infracción del art. 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 5.1 del Código Civil.*

2º) *Infracción del art. 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989."*

8. El procurador José María Gragera Murillo, en nombre y representación de Onesimo , Segundo y Carlos Manuel , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) *Infracción del art. 218.1 de la LEC.*

2º) *Infracción del art. 218.1 de la LEC.*

3º) *Infracción del art. 222.1 de la LEC, en relación con el art. 24 de la Constitución Española."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) *Infracción de los arts. 133 y 134 en relación con el art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989.*

2º) *Infracción del art. 949 del Código de Comercio.*

3º) *Infracción del art. 7.1 del Código Civil."*

9. Por diligencia de ordenación de 5 de febrero de 2013, la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

10. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Garmendia Hermanos S.A., Onesimo , Segundo y Carlos Manuel , representados por el procurador Luciano Rosch Nadal; y como parte recurrida Ángel Daniel , representado por el procurador Ramiro Reynolds de Miguel.

11. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de D. Onesimo , D. Segundo y D. Carlos Manuel y ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "GARMENDIA HERMANOS, S.A." contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5ª), en el rollo de apelación nº 7479/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 629/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sevilla."

12. Dado traslado, la representación procesal de Ángel Daniel , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

13. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. La junta de accionistas de la sociedad Garmendia Hermanos, S.A. celebrada el día 17 de junio de 1993 aprobó la modificación de los estatutos sociales para que el cargo de administrador fuera retribuido y acordó una retribución para cada uno de los administradores de 150.000 Ptas., que debía revisarse anualmente.

Estos acuerdos fueron impugnados y tras la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 , se estimó la impugnación del último de estos acuerdos, el que fijaba la retribución en 150.000 Ptas. para cada administrador por ser contrario a los intereses de la sociedad.



La junta de accionistas de Garmendia Hermanos, S.A., celebrada el día 6 de noviembre de 2006, rechazó la propuesta reflejada en el punto 7º del orden del día de que se iniciaran acciones legales por parte de la sociedad para ejecutar lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 .

2. En la demanda con que inició el presente procedimiento, Ángel Daniel , titular de acciones de Garmendia Hermanos, S.A. que representan el 17,6% de su capital social, impugnó los acuerdos adoptados en la reseñada junta de 6 de noviembre de 2006, porque se había vulnerado su derecho de información y el derecho al complemento de la convocatoria. Subsidiariamente, impugnó el acuerdo correspondiente al punto 7 del orden del día, en el que se rechazaba el inicio de acciones legales por parte de la sociedad para ejecutar lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 .

En la demanda también se ejercitaba una acción social de responsabilidad contra los administradores para que se les condenara a devolver a la sociedad la suma de 789.821,21 euros; y una acción individual de responsabilidad para que indemnizaran al demandante en la suma de 139.008,53 euros.

3. El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. A la vista del recurso de apelación formulado por Ángel Daniel , la Audiencia entendió que el apelante mostraba su conformidad con la desestimación de la acción de impugnación basada en la infracción del derecho al complemento de convocatoria y del derecho de información.

En relación con la impugnación del acuerdo relativo al punto 7º del orden del día, la Audiencia parte de la consideración de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 declaró la nulidad del acuerdo que fijaba la retribución de cada uno de los administradores en 150.000 Ptas. Luego argumenta que esta nulidad alcanza a todas las retribuciones percibidas con posterioridad, aunque se hubieran acordado en sucesivas juntas que se limitaban a actualizar aquella cantidad de 150.000 Ptas. conforme a las variaciones del IPC. Y, a continuación, declara nulo el acuerdo relativo al punto 7º del orden del día de la junta de 6 de noviembre de 2006, por el que se rechazaba el ejercicio de acciones por parte de la sociedad para recabar la ejecución de la Sentencia de 5 de marzo de 2004 , porque lesiona los intereses de la sociedad en beneficio de varios accionistas. Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia condena a los demandados a restituir las cantidades indebidamente percibidas: a Onesimo le condena a restituir 236.301,34 euros; a Segundo , 236.301,34 euros y a Carlos Manuel , 148.572,10 euros.

Finalmente, la sentencia de apelación declara la improcedencia de la acción social de responsabilidad y de la acción individual ejercitadas en la demanda.

4. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la sociedad Hermanos Garmendia, S.A. sobre la base de dos motivos. Este recurso impugna el pronunciamiento de la sentencia que declara la nulidad del acuerdo relativo al punto 7º del orden del día de la junta de 6 de noviembre de 2006.

Por su parte, Onesimo , Segundo y Carlos Manuel formulan contra esta sentencia recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Estos recursos impugnan el pronunciamiento de la sentencia que estima la petición de condena que afecta a estos tres administradores recurrentes.

Sobre la admisión de los recursos de Onesimo , Segundo y Carlos Manuel

5. El recurrido, Ángel Daniel , se opone a la admisión de los recursos de Onesimo , Segundo y Carlos Manuel .

No le falta razón al recurrido al oponerse a la admisión del recurso de casación porque los motivos constituyen un pretexto para formular el recurso extraordinario por infracción, pues no guardan relación con pronunciamientos de la sentencia que pudieran serles perjudiciales. Se refieren a la acción social de responsabilidad ejercitada contra ellos, que ha sido desestimada.

En concreto, el *primer motivo* denuncia la vulneración de los arts. 133 y 134 LSA , en relación con el art. 127 LSA , porque la sentencia condena a los recurrentes a reintegrar al patrimonio de la sociedad unas determinadas cantidades, sin cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para el ejercicio de la acción social de responsabilidad ejercitada en la demanda. Este motivo debe inadmitirse porque la condena a restituir a la sociedad se funda en un título justificativo distinto al de la acción social de responsabilidad, que expresamente es desestimada. Los administradores demandados frente a quienes se había ejercitado la acción social de responsabilidad, no pueden recurrir en casación la sentencia que desestima la acción social de responsabilidad, invocando como motivo de casación la infracción de los arts. 133 y 134 LSA , porque no se cumplen los requisitos legales para que pueda prosperar dicha acción.

Tampoco puede admitirse el *segundo motivo* , que denuncia la infracción del art. 949 CCom , en concreto, porque no se ha apreciado la caducidad de una acción de responsabilidad que ha sido expresamente desestimada.



Y el *motivo tercero* incurre en el mismo defecto. Se denuncia infringido el art. 7.1 CC y la jurisprudencia que veda ir contra los propios actos, que habrían consistido en la aprobación con su voto de la retribución de los administradores y la gestión social en la junta de junio de 2003. Y se explica en el desarrollo del motivo que la acción social de responsabilidad «no puede ser ejercitada por quien, contra sus propios actos, aprobó el acuerdo lesivo y la gestión de los administradores, como es el caso». Al igual que en los dos primeros motivos de casación, este tercero se refiere a la improcedencia de la estimación de la acción social de responsabilidad, que ha sido expresamente desestimada por la sentencia recurrida.

La inadmisión del recurso de casación, que en este caso se fundaba en el ordinal 3º del art. 477.2 LEC, en la concurrencia de interés casacional, conlleva que no pueda admitirse únicamente el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo previsto en la regla 2ª de la disposición final décimo-sexta de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil.

En consecuencia, procede desestimar, por resultar inadmisibles, los dos recursos formulados por la representación de Onesimo, Segundo y Carlos Manuel.

Recurso de casación de Hermanos Garmendia, S.A.

6. Formulación del motivo primero. El motivo se funda en que la sentencia recurrida vulnera el art. 116.2 LSA, aplicable al caso, y el art. 5.1 CC, porque no apreció la caducidad de la acción de impugnación del acuerdo que se declara lesivo para los intereses de la sociedad.

En el desarrollo del motivo se argumenta que el acuerdo fue adoptado el 6 de noviembre de 2006 y la demanda no se interpuso hasta el 22 de diciembre de 2006, cuando ya había transcurrido el plazo de caducidad de 40 días previsto en el art. 116.2 LSA.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación del motivo primero. Procede desestimar el motivo porque la posible caducidad del acuerdo impugnado es una cuestión nueva que se plantea por primera vez con motivo del recurso de casación. Por lo tanto es algo ajeno al objeto litigioso, tal y como quedó conformado en la fase de alegaciones.

8. Formulación del motivo segundo. El motivo se funda en la infracción del art. 115.1 LSA, por no ser impugnables los acuerdos negativos o no-acuerdos.

En el desarrollo del motivo, se argumenta que en el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores (...).

»La consecuencia de la anulación de dicho "acuerdo" sería que se aprobara el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, sustituyendo de esta forma el órgano social por el órgano jurisdiccional para conformar la voluntad de la sociedad, lo que supondría vulnerar el principio mayoritario que regula las sociedades mercantiles recogido en el art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010, de 2 de julio). De la misma forma, la anulación del acuerdo implicaría la pérdida de la legitimación del socio para ejercitar subsidiariamente la acción social de responsabilidad que acumuladamente ha ejercitado».

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. Estimación del motivo segundo. Tiene razón la sociedad recurrente cuando afirma que con el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores». Pero no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían, al haber quedado sin efecto el acuerdo social que las acordó. Es un acuerdo contemplado por la Ley. El art. 134 LSA, después de reconocer a la sociedad la legitimación originaria para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, previo acuerdo de la junta general (apartado 1), atribuye a los accionistas que tuvieran más del 5% del capital social legitimación para ejercitar esta acción social cuando el acuerdo "hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad" (último inciso del apartado 4). La Ley prevé que sometido a la junta, esta adopte un acuerdo a favor o en contra de exigir responsabilidades a los administradores sociales. Por lo tanto acuerdo lo hay, aunque su contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad.

La improcedencia de la impugnación de este acuerdo radica en que la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo. Más que su impugnación, la Ley contempla que los accionistas minoritarios que tengan un 5% del capital social puedan, en ese caso en que la junta rechaza el ejercicio de las acciones de responsabilidad por parte de la sociedad, ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, de forma subsidiaria y en interés de la sociedad.



Por esta razón, este concreto acuerdo que rechazaba el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, propuesto en el punto 7º del orden del día, no era susceptible de impugnación, y por consiguiente no podía anularse.

La consecuencia de la estimación de este segundo motivo de casación es dejar sin efecto la anulación del acuerdo impugnado.

Costas

10. Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación de Onesimo , Segundo y Carlos Manuel , procede imponerles las costas ocasionadas con sus recursos (art. 398.1 LEC).

Estimado el recurso de casación formulado por Garmendia Hermanos, S.A., no procede, hacer expresa imposición de costas (art. 398.2 LEC). La estimación de este recurso de casación ha supuesto la estimación parcial del recurso de apelación formulado por Garmendia Hermanos, S.A., y de las pretensiones ejercitadas en la demanda, razón por la cual se confirma la no imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

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

FALLAMOS

1º Desestimar, por resultar improcedente su admisión, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal formulados por la representación de Onesimo , Segundo y Carlos Manuel contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5ª) de 21 de noviembre de 2012 (rollo núm. 7479/2011) que resuelve el recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla de 7 de mayo de 2010 .

Con ello se confirma el pronunciamiento de la sentencia recurrida por la que se condena a los demandados Don Segundo la suma de 236.301,34 euros, a Don Onesimo la suma de 236.301,34 euros y Don Carlos Manuel la suma de 148.572,10 euros, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, cantidades que serán devueltas a la entidad GARMENDIA HERMANOS, S.A., sin declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

Imponemos las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal desestimados a los recurrentes.

2º Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Garmendia Hermanos, S.A. contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5ª) de 21 de noviembre de 2012 (rollo núm. 7479/2011), en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento que declara nulo el acuerdo relativo al punto 7º del orden del día de la junta general de accionistas de Garmendia Hermanos, S.A. celebrada el día 6 de noviembre de 2006. No imponemos las costas de la casación a ninguna de las partes, y confirmamos que tampoco se condene en costas en ninguna de las dos instancias.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.