



Roj: **STS 3725/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3725**

Id Cendoj: **28079110012015100459**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2015**

Nº de Recurso: **2095/2013**

Nº de Resolución: **471/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CS 745/2013,**  
**STS 3725/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Campayo Martínez en nombre y representación de D. Laureano , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Tercera, dimanante del juicio ordinario 393/2010, que a nombre de la mercantil Ortneq 06 Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L., se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón.

Es parte recurrida Ortneq 06 Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L., representada por la procuradora D<sup>a</sup> Esther Rodríguez Pérez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora D<sup>a</sup>. Pilar Sanz Yuste, en nombre y representación de Ortneq 06 Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L, formuló demanda de juicio ordinario, contra D. Laureano , en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] dicte en su día sentencia por la que estimando íntegramente la demanda interpuesta y en consecuencia, la acción social de responsabilidad entablada por la sociedad demandante:*

*1º.- Se condene al demandado a satisfacer a la parte actora la cantidad de trescientos sesenta y nueve mil cuatrocientos noventa y tres euros con setenta y siete céntimos (369.493,77.- euros), importe a que asciende la suma de las distintas reclamaciones cuantificadas económicamente en el cuerpo de este escrito.*

*2º.- Se declare al demandado responsable del pago de las cantidades que pudieran ser reclamadas contra la sociedad demandante por los avales relacionados en el Hecho Cuarto, apartado A) de esta demanda, cuya cuantía, a la fecha de comunicación de créditos, asciende a la suma de 588.037,40 euros.*

*3º.- Se condene al demandado al pago de los intereses devengados por las partidas anteriores desde la fecha de las distintas disposiciones realizadas y hasta el completo pago de las mismas.*

*4º.- Se condene al demandado al pago de las costas procesales."*

2. La procuradora D<sup>a</sup>. Concepción Campayo Martínez en nombre y representación de D. Laureano , presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "*[...] dicte sentencia desestimando totalmente la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con expresa imposición a las demandantes de las costas causadas en todo caso"*.



3. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón, en el Procedimiento Ordinario 393/2010, dictó Sentencia número 235/2012 de fecha 30 de octubre de 2012, con la siguiente parte dispositiva: *"Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Doña Pilar Sanz Yuste, procuradora de los Tribunales en nombre y representación de Ortnec 06, Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L. frente a D. Laureano, representado por el procurador Doña Concepción Campayo Martínez.*

*Condenar al demandado a pagar a la actora la cantidad de 34.194,29 euros más los intereses legales desde la fecha de reclamación judicial a favor de la actora siempre que no haya percibido ya la totalidad de la reclamación, o, disminuyendo proporcionalmente la cuantía ya percibida, llegado el caso.*

*Se declara al demandado responsable del pago de las cantidades que pudieran ser reclamadas contra la sociedad demandante por los avales relacionados en el hecho cuarto, apartado A) de la demanda.*

*Se absuelve al demandado del resto de peticiones de la demanda.*

*No se hace especial imposición de las costas."*

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Laureano y por la representación de Ortnec 06 Promoción y Ostión de Inmuebles, S.L. Las representaciones de ambas partes se opusieron a los recursos de apelación interpuestos de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Tercera, que dictó Sentencia número 302/2013 de fecha 28 de junio de 2013, cuya parte dispositiva decía:

*"Que estimando los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales respectivas de Ortnec 06 Promoción y Gestión de Inmuebles S.L. y D. Laureano, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha treinta de octubre de dos mil doce, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 393 de 2010, revocamos la resolución recurrida, adoptando en su lugar los pronunciamientos definitivos siguientes:*

*1.- Condenar a D. Laureano a satisfacer a Ortnec 06 Promoción y Gestión de Inmuebles S.L. la cantidad de noventa y tres mil ciento setenta y cuatro euros con noventa y dos céntimos (93.174,92 euros) con los intereses legales devengados por dicha suma desde la fecha de presentación de la demanda.*

*2.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales devengadas en la instancia.*

*En cuanto a las costas procesales devengadas en esta alzada tampoco procede especial pronunciamiento.*

*Devuélvase a cada parte recurrente la cantidad consignada por cada una como depósito para recurrir."*

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación.**

6. La representación de D. Laureano, interpuso el recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

**"PRIMERO.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el art. 7.1 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que únicamente viene interpretando que el previo conocimiento y consentimiento continuado del socio o socios de la efectiva percepción de cantidades por el Administrador le impide promover la reclamación a éste con el fin de que proceda a la devolución de lo cobrado, por resultar aplicable el principio que prohíbe ir contra los propios actos, incardinado en el principio general relativo al ejercicio de los derechos según las exigencias de la buena fe, como se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS núm. 448/2008 de 29 de mayo y núm. 412/2013 de 18 de junio.

**SEGUNDO.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo los arts. 133 y 134 LSA, aplicables por remisión del art. 69 de la LSRL y periodo en que se desarrollaron los hechos litigiosos -previamente a la entrada en vigor de la LSC de 2010- y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando que es preciso que se produzca un daño efectivo en el patrimonio de la sociedad como consecuencia de la conducta del Administrador, debiendo existir nexo causal entre la actuación y la lesión, como se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS núm. 255/2006 de 22 de marzo, núm. 760/2011 de 4 de noviembre y núm. 889/2011 de 19 de diciembre."



7. Por Diligencia de Ordenación de 10 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Tercera, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Alejandro González Salinas en nombre y representación de Laureano . Y, como recurrida, la procuradora D<sup>a</sup> Esther Rodríguez Pérez en nombre y representación de Ortneq 06 Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 17 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Laureano , contra la sentencia dictada con fecha 28 de junio de 2013 por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 62/2013 dimanante del juicio ordinario nº 393/2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón.*

*2º) Y, entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría "*

10. La representación de Ortneq 06 Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L., presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto de contrario.

11 . Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 1 de junio de 2015, para votación y fallo el día 15 de julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Sucintamente interesa destacar los siguientes antecedentes que constan acreditados en la instancia:

1. La sociedad concursada Ortneq 06 Promoción y Gestión de Inmuebles, S.L. (en adelante Ortneq) promovió demanda de juicio ordinario ejercitando la acción social de responsabilidad contra el administrador único, destituido, D. Laureano , por sus *"innumerables actuaciones cometidas contrarias al interés social"* , y, por incumplimiento de lo establecido en los arts. 10 y 67 LSRL . Entre las cantidades reclamadas figuran los salarios y retribuciones percibidas durante el tiempo que estuvo al frente del cargo de administrador.

Según la demanda, el ex administrador constituyó el 18 de octubre de 2007 una sociedad denominada Triaspes, S.L. de la que igualmente es administrador único el Sr. Laureano , ocultándola a los socios, a través de la cual, según se dice en la demanda, se llevaron a cabo la mayor parte de las operaciones en beneficio de la misma y en perjuicio de Ortneq.

Se dejó constancia en la demanda de todas las actuaciones llevadas a cabo por su ex administrador que ocasionaron perjuicio a la sociedad, que se cuantificaron en la suma reclamada de 957.531,17.-? (novecientos cincuenta y siete mil quinientos treinta y un mil euros con diecisiete céntimos de euro), que desglosa en 369.493,77.-?, importe de las distintas reclamaciones cuantificadas en la demanda y 588.037,40.-? que pueden ser reclamados contra la sociedad demandante por los avales prestados por ésta a favor de la sociedad Triaspes, S.L.

2. Contestó el demandado, reconociendo determinadas actuaciones pero negó la mala fe y el perjuicio a la sociedad; demostró que los avales que prestó la demandante siendo él administrador de la misma ya se habían cancelado; y, en cuanto a las retribuciones percibidas durante el periodo de un año, al frente de la sociedad actora, alegó el conocimiento y consentimiento de los restantes socios.

3.- La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón estimó parcialmente la demanda, condenó al demandado a pagar a la actora la cantidad de 34.194,29.-? y declaró al demandado responsable del pago de las cantidades que le pudieran ser reclamadas a la sociedad demandante por los avales prestados, cuando era administrador el demandado. En cuanto a las retribuciones percibidas, consideró que los socios tuvieron conocimiento de ellas y prestaron su consentimiento, por lo que no condenó a su reintegración.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por las dos partes litigantes.

La Audiencia Provincial de Castellón estimó ambos recursos y condenó al demandado a satisfacer a Ortneq la cantidad de 93.174,92.-?, con sus intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.



A los efectos del presente recurso, el Tribunal consideró improcedente que se le hiciera responsable al Sr. Laureano tanto del pago del préstamo concedido en su día a Triaspes, como de las responsabilidades derivadas de los afianzamientos solidarios, pues quedó acreditado que tales operaciones estaban ya canceladas, lo que fue alegado por el demandado.

En cuanto a la estimación del recurso de la actora, el Tribunal, tras un detallado estudio de cada una de las operaciones denunciadas, fijó en 93.174,92.-? las que finalmente ocasionaron un perjuicio para la sociedad actora, entre las que figuran las retribuciones percibidas por el administrador demandado por importe de 64.748,74.-?, anteriores a la Junta celebrada en el mes de marzo de 2008, que acordó retribuir a partir del mes siguiente, por lo que las retribuciones percibidas por el administrador, durante el ejercicio de 2008 hasta su despido en octubre del mismo año, tenían cobertura legal.

## I. RECURSO DE CASACIÓN

### SEGUNDO.- *Formulación del motivo primero*

Se articula en los siguientes términos: *"Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el art. 7.1 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que únicamente viene interpretando que el previo conocimiento y consentimiento continuado del socio o socios de la efectiva percepción de cantidades por el Administrador le impide promover la reclamación a éste con el fin de que proceda a la devolución de lo cobrado, por resultar aplicable el principio que prohíbe ir contra los propios actos, incardinado en el principio general relativo al ejercicio de los derechos según las exigencias de la buena fe, como se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs núm. 448/2008 de 29 de mayo y núm. 412/2013 de 18 de junio".*

En síntesis, señala el recurrente que el Tribunal le condena a la devolución de las retribuciones percibidas durante los ejercicios de 2006 y 2007 fundándose en la gratuidad del cargo de administrador y en la inexistencia hasta el mes de marzo de 2008 de un acuerdo de Junta General que aprobara la percepción de una retribución como gerente de la sociedad. La sentencia imputa al demandado, dice, falta de diligencia por no haber promovido en su momento la adopción del acuerdo, y considera irrelevante el conocimiento por los demás socios de tales percepciones, sin tampoco considerar abusiva la actuación de los socios por dejar prolongarse en el tiempo esta situación sin manifestar objeción alguna hasta la presentación de la demanda.

Según la recurrente, en aplicación de la doctrina de los actos propios, debe estimarse el motivo con base a: (i) la tolerancia consciente de la demandante, durante varios ejercicios, de la retribución percibida como gerente por el demandado; (ii) la tácita conformidad prolongada durante años de la misma sociedad; y (iii) la legítima confianza que los anteriores precedentes había engendrado en el administrador-gerente de no tener que devolver en un futuro las sumas percibidas.

Cita, reproduce y comenta las SSTs de 29 de mayo de 2009 y núm. 415/2013 de 18 de junio. Esta última, pese al carácter gratuito del cargo de administrador, dice, la sentencia le reconoce la legitimidad de sus percepciones por sus funciones gerenciales, distintas de las de administrador.

### TERCERO.- *Desestimación del recurso.*

1. El derogado art. 66.1 LSRL (hoy el art. 217.1 LSC) establecía que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución. El art. 66.1 LSRL no prohíbe que entre la sociedad y su administrador se pacte una retribución a favor de éste, pero exige que *"el sistema retributivo"* se fije en los estatutos. Lo que, siguiendo la STS núm. 25/2012, de 10 de febrero, por un lado, protege los intereses de los propios administradores y por otro, tiene como objeto tutelar los derechos de los socios y facilitar el control de la actuación de los administradores. Como señaló la STS núm. 441/2007, de 24 de abril, su finalidad es proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores cambien la retribución por propia decisión y la núm. 448/2008, de 28 de mayo, destacó la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, *"mediante una imagen clara y completa de ella incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad"*.

Ha sido indiscutido que los estatutos de la sociedad no preveían la retribución de los administradores, ni consta acreditado cualquier otro tipo de contraprestación por la ejecución de los servicios prestados por el Sr. Laureano. El razonamiento del motivo conforme al cual en el ejercicio inicial de 2006, censurado en junta ordinaria de socios celebrada en el ejercicio de 2007, la Junta celebrada en 2008, censurando el ejercicio 2007 se había *"consentido y conocido"* la retribución por constar en las cuentas anuales, no puede aceptarse, pues ello no convalida las retribuciones ilegalmente percibidas por el administrador. Ya señalaba el art. 134.3 LSA (hoy, art. 233.4 LSL) que la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción social de responsabilidad.



2. Ahora bien, en una junta de socios, celebrada en marzo de 2008, se aprobó unas retribuciones para dicho ejercicio, pese a que no se adoptara un acuerdo expreso que modificara los estatutos sociales, en el sentido de que, a partir de 2008 el cargo de administrador sería retribuido. Conforme con la sentencia recurrida, atendido el carácter cerrado de la sociedad, el escaso número de socios, el tratamiento de retribuciones en la citada Junta de marzo de 2008, pudo generar fundadamente en el administrador la confianza en que, a partir de entonces, podía percibir la remuneración y en que no se le iba a reclamar la devolución de tales cantidades, en aplicación de la doctrina de los actos propios como manifestación del principio general de buena fe ( STS núm. 412/2013, de 18 de junio ).

Pero esta confianza y creencia del administrador en modo alguno puede predicarse de las percepciones anteriores a la Junta de marzo de 2008 al no existir acuerdo o deliberación entre socios sobre esta materia que justificara esta confianza o creencia.

El motivo se desestima.

#### **CUARTO.- Formulación del segundo motivo.**

Se articula en los siguientes términos: *"Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo los arts. 133 y 134 LSA , aplicables por remisión del art. 69 de la LSRL y periodo en que se desarrollaron los hechos litigiosos -previamente a la entrada en vigor de la LSC de 2010- y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando que es preciso que se produzca un daño efectivo en el patrimonio de la sociedad como consecuencia de la conducta del Administrador, debiendo existir nexo causal entre la actuación y la lesión, como se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS núm. 255/2006 de 22 de marzo , núm. 760/2011 de 4 de noviembre y núm. 889/2011 de 19 de diciembre ."*

Niega que determinadas actuaciones denunciadas por las que ha sido condenado a pagar por la sentencia recurrida, hayan ocasionado daño a la sociedad, lo que constituye un requisito de la acción ejercitada. Sin daño efectivo producido en el patrimonio de la sociedad, dice, no puede exigirse responsabilidad al administrador social. En unos casos, señala, no existe lesión efectiva y, en otros, no existe nexo causal entre la conducta y el resultado patrimonial, por lo que la condena a indemnizar en tales casos provoca un enriquecimiento sin causa en la actora.

A continuación analiza los cuatro supuestos en los que, a juicio del recurrente, no se dan los requisitos para la viabilidad de la acción contra él ejercitada.

#### **QUINTO.- Desestimación del motivo.**

1. A través de este motivo el recurrente manifiesta su disconformidad con los criterios seguidos por el Tribunal en la valoración de la prueba practicada de determinadas partidas a cuyo pago ha sido condenado el recurrente. Especialmente, como denuncia en el motivo, bien porque no se ha producido daño o por la ausencia de nexo causal en las conductas enjuiciadas.

Como ha dicho de forma reiterada esta Sala, el recurso de casación no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda. Antes bien, cumple la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida por el Tribunal que la dictó -sobre ello, SSTS 41/2014, de 17 de febrero , 142/2010, de 22 de marzo , 153/2010, de 16 de marzo y 532/2008, de 18 de julio , entre otras muchas-.

Este carácter de la casación impone respetar los hechos que declaró probados el Tribunal de apelación y cierra la posibilidad de alterarlos al decidir el recurso de casación.

2. En el caso examinado, todos los cuatro supuestos de conductas observadas por el administrador, y denunciadas en el motivo, son analizados con ponderación y exhaustividad por la sentencia recurrida. Así, siguiendo los ordinales del motivo:

1.- Respecto a la condena al pago de 12.000.-? por una devolución a un agente inmobiliario de cantidades entregadas a cuenta, la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho sexto (pág. 15), acota los hechos declarados probados y los valora. En el motivo, el recurrente trata de introducir hechos nuevos, alterando la inicial defensa que hizo el demandado en el escrito de contestación a la demanda, por lo que le es de aplicación la doctrina sentada por la jurisprudencia citada anteriormente, así como aquella otra en relación a la interdicción de la *"mutatio libelli"*, de introducir en el recurso materias nuevas, que encuentra su fundamento en la garantía de un ordenado proceso y en el respeto del principio de contradicción y el derecho de defensa ( STS 146/2011, de 9 de marzo y las allí citadas).



2 y 3.- En relación a las facturas giradas por la sociedad del administrador, Triaspes, a cargo de la sociedad actora (por importes de 1.160.-? y 6.960.-? respectivamente), la sentencia recurrida las analiza pormenorizadamente en el fundamento de derecho quinto, págs. 12 y 13, con base en la infracción del deber de lealtad, al intervenir en operaciones en las que concurría un conflicto de intereses evidente e incurría en autocontratación *"con una actuación contraria a la fidelidad debida al interés social y lealtad que motiva el reproche social..."*

4.- En cuanto a los 6.000.-? en concepto de depósito en Tales, para realizar una obra con la sociedad del administrador, Triaspes, las alegaciones, en realidad conjeturas, huérfanas de toda prueba, tratan de dar una nueva interpretación, a lo señalado en la sentencia recurrida, en el fundamento de derecho sexto, página 14.

Por consiguiente, las cuatro partidas impugnadas deben ser confirmadas y desestimado el motivo.

#### **SEXTO.- Costas.**

Procede imponer al recurrente, las costas del recurso de casación que ha sido desestimado, conforme al art. 398.1 LEC , con pérdida del depósito constituido.

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

#### **FALLAMOS**

**Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Laureano , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Tercera, de fecha 28 de junio de 2013, en el Rollo 62/2013 que, en este alcance, confirmamos.

Procede imponer las costas del recurso de casación al Sr. Laureano , con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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. Sebastian Sastre Papiol, 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.