



Roj: **STS 5225/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5225**

Id Cendoj: **28079110012015100682**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2015**

Nº de Recurso: **2181/2013**

Nº de Resolución: **708/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13418/2013,**
STS 5225/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por "Consultrans, SAU", representada ante esta Sala por el procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque y asistido por el letrado D. Javier Luis Saenz Cosculluela contra la sentencia núm. 639/2013 dictada el diecisiete de julio de dos mil trece, por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 380/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 227/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, sobre resolución contractual e indemnización. Ha sido parte recurrida D^a Rafaela, representada ante esta Sala por la procuradora D^a Gema Fernández-Blanco San Miguel y asistida por el letrado D. Miguel Albaladejo Campoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- La procuradora D^a Gema Fernández-Blanco San Miguel, en nombre y representación de D^a Rafaela, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra "Consultrans, SAU." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] en la que se acuerde:

» 1º.- Declarar la ineficacia de la extinción del contrato suscrito entre Consultrans, S.A.U. y la demandante con fecha 1 de diciembre de 2004, operada mediante carta de despido de fecha 4 de noviembre de 2008.

» 2º.- Declarar la resolución del contrato suscrito entre Consultrans S.A.U. y la demandante con fecha 1 de diciembre de 2004, a instancia de la demandante y con efectos desde el 14 de noviembre de 2008 fecha en que se pidió dicha resolución mediante papeleta de conciliación presentada ante el SMAC.

» 3º.- En consecuencia, condene a la demandada al abono de la indemnización pactada en la cláusula cinco del contrato anteriormente mencionado y que asciende a la cantidad de quinientos siete mil cuatrocientos dieciocho euros y veintisiete céntimos (507.418,27 ?).

» 4º.- Condene a la demandada, al pago de los intereses legales devengados por la indemnización que se reclama desde la fecha en que la misma fue inicialmente reclamada -14 de noviembre de 2008- y hasta la presentación de esta demanda, y que ascienden a la cantidad de cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y cuatro euros y cincuenta y nueve céntimos (48.354,59 ?).

» 5º.- Condene a la demandada al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de presentación de esta demanda y hasta que se dicte sentencia.



» 6º.- *Condena a las demandadas al pago de las costas procesales*».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 9 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid y fue registrada con el núm. 227/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en representación de "Consultrans, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda de la actora, absolviendo a mi representada de todos los pedimentos que se han formulado contra ella y condene en costas a la actora»*.

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, dictó sentencia de fecha veinte de diciembre de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: *«Que estimando íntegramente, las pretensiones deducidas en la demanda interpuesta por D^a Rafaela como parte demandante, contra Consultrans, SAU, como parte demandada, debo condenar y condeno a dicha parte demandada a los siguientes extremos:*

»1) Declarar la ineficacia de la extinción del contrato suscrito entre Consultrans, SAU y la demandante con fecha 1 de diciembre de 2.004, operada mediante carta de despido de fecha 4 de noviembre de 2008.

»2) Declarar la resolución del contrato suscrito entre Consultrans, SAU y la demandante con fecha 1 de diciembre de 2004, a instancia de la demandante y con efectos desde el 14 de noviembre de 2008.

»3) Condenar a la demandada al abono de la indemnización pactada en la cláusula cinco del contrato anteriormente mencionado y que asciende a la cantidad de quinientos siete mil cuatrocientos dieciocho euros con veintisiete céntimos (507.418,27 euros).

» 4) Condenar a la demandada al pago de los intereses legales devengados por la indemnización que se reclama desde la fecha en que la misma fue iniciada -14 de noviembre de 2008- y hasta la presentación de esta demanda, y que ascienden a la cantidad de cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y cuatro euros con cincuenta y nueve céntimos (48.354,59 euros).

«5) Condenar a la demandada al abono de las costas procesales».

Con fecha veintisiete de enero de dos mil doce, el Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *«Que debo completar y completo la sentencia dictada en este procedimiento el día 20 de diciembre de 2011 en el único sentido de adicionar el siguiente párrafo:*

»"Condenar a la demandada al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se dicte sentencia".

» Y todo ello manteniendo inalterable el resto de los pronunciamientos recogidos en el fallo de la sentencia que se completa».

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Consultrans, SAU". La representación de D^a Rafaela , se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 380/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 639/2013 en fecha diecisiete de Julio de dos mil trece , cuya parte dispositiva dispone: *«FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Mercantil Consultrans, S.A.U. contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2011 aclarada por auto de 27 de enero de 2012 por la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid en el Procedimiento Ordinario nº 227/11, a que este rollo se contrae, resolución que confirmamos con expresa imposición de las costas a la parte apelante».*

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- El procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en representación de "Consultrans, SAU", interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 130 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, norma aplicable en la resolución de las cuestiones



objeto del proceso, que establece que la retribución del administrador debe figurar en los estatutos, según la interpretación de la misma en la sentencia del Tribunal Supremo 756/2011 de 27 de octubre » .

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha veinte de mayo de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue: «1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Consultrans, S.A." contra la sentencia dictada, en fecha 17 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), en el rollo de apelación nº 380/2012 dimanante del juicio ordinario nº 227/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid.

» 2. Y entréguese copias 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 en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 5 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- Los hechos y datos fundamentales del litigio han sido fijados así por la sentencia de la Audiencia Provincial:

1º La demandante, Doña Rafaela , fue socia fundadora de la entidad demandada, Consultrans, S.A. (en lo sucesivo, Consultrans).

2º Desde el primer momento (2 de diciembre de 1985 en que se otorgó la escritura de constitución), hasta su cese, la Sra. Rafaela desempeñó la función de administradora de la sociedad, bajo distintas modalidades (consejera delegada, administradora solidaria, administradora única).

3º En fecha 29 de enero de 2001, los dos únicos accionistas de Consultrans (Doña Rafaela y otro), vendieron todas las acciones de la misma a Altran Estudios, Servicios y Proyectos, S.L. (en lo sucesivo, Altran), no obstante lo cual, Doña Rafaela , si bien perdió ya la condición de accionista, siguió ostentado el cargo de administradora de la sociedad.

4º El 1 de diciembre de 2.004 se concierta y suscribe entre Doña Rafaela y Consultrans (ahora, Consultrans S.A.U., pues su único socio era ya Altran), un contrato de alta dirección. En él se contrataba a la Sra. Rafaela como directora general de la sociedad, concediéndole todos los poderes necesarios para dirigir y gestionar las actividades de la sociedad, y se le reconocía antigüedad desde el 1 de octubre de 1986. Se preveía una remuneración salarial fija de 140.000 euros anuales brutos, distribuidos en doce pagas, así como una retribución variable equivalente al 3.5% del EBIT y la compensación por los gastos que le ocasione su actividad. Y, en materia de extinción del contrato, se establecía expresamente:

« 5.1 La regulación de la extinción del contrato se someterá a lo establecido en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto , sin perjuicio de lo cual, en caso de despido disciplinario, declarado improcedente, se le garantiza al Directivo una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio, con un límite de 42 mensualidades, tomando como retribución para el cálculo de la misma el salario en metálico establecido en las cláusulas 2.1 y 2.2 de este contrato.

»5.2 Esta misma indemnización será aplicable en el caso de extinción del contrato por alguno de los supuestos previstos en los artículos 11.1 y 10.3 - RD 1282/85 .

»5.3 La indemnización reflejada en esta cláusula obedece al acuerdo de voluntades de las partes, libremente expresado, y tiene su fundamento último en los servicios de todo orden prestados por Doña. Rafaela a la compañía, por lo que su vigencia y plena eficacia queda garantizada en los términos citados independientemente de la calificación jurídica que pudiera darse a la relación que vincula a las partes o a la jurisdicción que resultara competente para resolver el conflicto en caso de plantearse ».

5º El 2 de enero de 2.006, en Junta General de la sociedad demandada se acordó la modificación de los estatutos, de manera que de preverse expresamente el carácter gratuito del cargo de administrador, se pasó



a establecer que los administradores percibirían como retribuciones una asignación fija anual, dietas de asistencia a las reuniones del Consejo e indemnizaciones de gastos por desplazamiento. El importe de las retribuciones se habría de establecer en cada ejercicio por la Junta General.

6º El 16 de octubre de 2.008 la entidad Imathia Global S.A. (en lo sucesivo, Imathia) adquirió todas las acciones representativas del capital social de Consultrans.

7º El 4 de noviembre de 2.008 se produjo el despido de la demandante, mediante la remisión de la correspondiente carta en la que se especificaban los motivos en que se fundaba.

8º Doña Rafaela presentó demanda ante la jurisdicción social, y el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid dictó sentencia en la que declaró improcedente el despido y, dando por extinguido el contrato de Alta Dirección, fijó una indemnización a favor de la demandante de 507.418,27 euros.

9º La sentencia del Juzgado fue recurrida en suplicación, en cuyo recurso la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó el 13 de noviembre de 2009 sentencia en la que consideró que el contrato que unía a las partes no era laboral sino mercantil, y por tal razón revocó la dictada por el Juzgado y desestimó la demanda. Tal sentencia quedó firme, al no haberse admitido el recurso de casación contra ella intentado.

2.- La Sra. Rafaela interpuso entonces demanda de juicio ordinario contra Consultrans, en la que solicitaba, resumidamente y en lo que aquí tiene trascendencia, se declarara la resolución del contrato de alta dirección suscrito entre Consultrans y la demandante, y se condenara a Consultrans al abono de la indemnización pactada en el citado contrato, por importe de 507.418,27 ?.

3.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pues, de modo resumido, consideró que a la vista del carácter unipersonal de Consultrans, la alegación de ineficacia de dicha cláusula contractual por no estar recogida la indemnización en los estatutos sociales era contraria a los actos propios, y el contrato tenía plena validez y eficacia puesto que no suponía perjuicio alguno para el accionista derivado de la infracción del art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues solo quedaba concernido el accionista firmante del contrato.

4.- Consultrans recurrió en apelación la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

En lo que interesa para el recurso de casación, la Audiencia declaró que la finalidad del art. 130 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo, TRLSA) es la protección de los socios frente a las posibilidades de que los propios administradores puedan fijarse retribuciones que dificulten incluso su separación y el logro de la transparencia en el estatuto del administrador. Se trataría, de acuerdo con la jurisprudencia, de potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles; de impedir que el propio órgano de administración, cuyos miembros son los beneficiarios de la retribución, decida libremente sobre sus propias retribuciones, de tal forma que una indemnización excesiva pueda condicionar un posible acuerdo de destitución. Pero la prohibición de retribuciones al margen de los estatutos habría sido matizada por el propio Tribunal Supremo, al confrontarla con las exigencias de la buena fe que se detecta en la aplicación de la doctrina de los actos propios o excluyendo su virtualidad cuando no concurrieran las razones que justifican su aplicación.

El supuesto de hecho del presente litigio coincidiría, según la Audiencia Provincial, con el de la segunda de las sentencias que matizarían esa prohibición de retribuciones al margen de los estatutos, la de 31 de octubre de 2007, al tratarse de una sociedad de socio único, por lo que no puede resultar perjudicado por la ausencia de reflejo estatutario del contrato que fija la retribución del administrador, que aquí sería una mera formalidad, en tanto que los estatutos han podido modificarse por la sola voluntad del accionista único.

Consideró también la sentencia de la Audiencia Provincial que « *el acto propio generado inicialmente por la sociedad, cuando pertenecía a Altran como único socio, 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* ».

Tampoco consideró admisible la Audiencia el argumento relativo a que ahora el socio único era otro diferente al existente cuando se negoció y firmó el contrato de alta dirección que contenía la cláusula sobre la retribución, y reunía los caracteres de tercero de buena fe, pues no constaba en el Registro Mercantil previsión estatutaria alguna relacionada con la retribución del administrador. La Audiencia Provincial, que consideró que se trataba de una cuestión nueva, la rechazó:

« *1º Porque se incide en la confusión entre sociedad obligada al pago y sociedad adquirente del capital social de aquélla. Esta, 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.

»2ª En todo caso, es cuestión que atañe a la relación jurídica de compraventa entre transmitente y adquirente de las acciones.

»3ª A los solos efectos de este proceso, no puede afirmarse ni que la sociedad adquirente de las acciones desconociera el contrato en base al cual actúa la demandante ni aun siquiera que no se contuvieran previsiones en el contrato de compraventa al respecto. En efecto, el examen de ese contrato de compraventa (documento nº 9 de la demanda) pone de manifiesto que la vendedora se desentendía de cualquier responsabilidad por la reclamación que pudiera realizar los miembros de su órgano de administración relacionadas con las posibles indemnizaciones por razón de despido o extinción de la relación con la sociedad (folio 1.930 de los autos), lo que supone que las partes en aquella compraventa consideraron la posibilidad de esas reclamaciones, que debía asumir la compradora, lo que, a su vez, comporta, que tuvieran en mente la existencia de relaciones jurídicas de alta dirección, como por lo demás, deriva del deber de información previo a la venta».

5.- Consultrans ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, basado en un único motivo.

SEGUNDO.- Formulación del recurso de casación.

1.- El único motivo del recurso de casación tiene el siguiente encabezamiento: « Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 130 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, norma aplicable en la resolución de las cuestiones objeto del proceso, que establece que la retribución del administrador debe figurar en los estatutos, según la interpretación de la misma en la sentencia del Tribunal Supremo 756/2011 de 27 de octubre ».

2.- Tras exponer los hechos discutidos y justificar el interés casacional del recurso, alegó como fundamentos del motivo que justificaban la existencia de la infracción legal alegada que no era aplicable al supuesto de autos la doctrina excepcional contenida en la sentencia núm. 1147/2007, de 31 de octubre, porque (i) el socio único de Consultrans cuando se negoció y firmó el contrato de alta dirección era en realidad un conglomerado de empresas que no respondía al modelo de accionista único que gestionara directamente la sociedad de la que era socio único por lo que la no inclusión del pacto en los estatutos sociales « parece un hecho en el que tuvo que ver la propia administradora »; (ii) el supuesto es distinto del de la sentencia núm. 1147/2007, pues en este caso el actual accionista único de Consultrans adquirió las acciones sin que constase en los estatutos ni por tanto en el Registro Mercantil la retribución de la administradora, por lo que es un tercero de buena fe, que no concertó el pacto sobre retribuciones y que no lo conocía en el momento de la compraventa, pues no consta en él la previsión de indemnización que pudiera corresponder a la administradora. Por tanto, no habría un acto propio de dicho accionista que justifique que le sea aplicada la doctrina de los actos propios. La compra de las acciones de Consultrans por el actual accionista, Imathia, al anterior, Altran, no podía comportar la asunción de obligaciones que solo eran exigibles frente a Altran, a quien podían oponerse los actos propios. Frente al nuevo socio, habría sido precisa la constancia estatutaria y registral del régimen de retribuciones del administrador.

3.- La recurrida ha opuesto como causas de inadmisión la falta de justificación del interés casacional, la utilización como base del recurso de cuestiones nuevas que intentan combatir argumentos secundarios que no constituyeron la razón de la decisión de la sentencia de la Audiencia Provincial (ser el actual socio único otro distinto al que lo era cuando se firmó el contrato de alta dirección), y que el recurso incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, pues basa el motivo en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida (el desconocimiento por Imathia, cuando adquirió la totalidad de las acciones de Consultrans, del pacto retributivo concertado con la administradora).

Como razones de fondo, la demandante, aun aceptando la doctrina general que afirma la ineficacia de los pactos sobre retribución del administrador que no tuvieran el adecuado reflejo en los estatutos sociales, entiende que es inaplicable al supuesto objeto del recurso porque la sociedad que concertó tal pacto era unipersonal, fue concertado cuando la demandante ya era miembro del órgano de administración y cuando ya no era socio de Consultrans, por lo que era aplicable la excepción a dicha doctrina general derivada de la doctrina de los actos propios y de la ausencia de perjuicio a terceros, concretamente a los socios, cuyos derechos no son defraudados, ni a Imathia, que además tenía conocimiento del pacto retributivo cuando adquirió a Altran las acciones de Consultrans, lo que impediría la aplicación automática de una norma prohibitiva como es el art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas . Cualquier reclamación que debiera hacer Imathia sería frente a Altran y con base en el contrato de compraventa de las acciones, si existieron contingencias ocultas, aunque el pacto retributivo había sido conocido por el cliente y fue tomado en consideración al fijar el precio de la compañía. Que la doctrina de los actos propios o del levantamiento del velo sirva para ponderar los efectos de la infracción del art. 130 TRLSA no supone, según la recurrida, que el



pacto sobre retribuciones vincule a quien era socio único en el momento de su concertación y no a la sociedad, aunque el socio único sea ahora otro. Un cambio de titularidad en el accionariado no tiene como consecuencia una especie de ineficacia sobrevenida del pacto sobre retribuciones.

TERCERO.- Desestimación de las causas de inadmisibilidad alegadas.

1.- La recurrida parte de un concepto excesivamente riguroso y formalista del requisito de justificación del interés casacional. El recurso hace referencia a sentencias de esta Sala que considera contradictorias, y, sobre todo, identifica correctamente el problema jurídico, de indudable interés, que justifica el acceso al recurso de casación. Como ha dicho esta Sala en reiteradas ocasiones, ni puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento, ni podrá dejar de ser admitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, plantee con la necesaria claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional, como es el caso.

2.- Pese a lo afirmado por la Audiencia Provincial en su sentencia, no consideramos que lo planteado por la recurrente en su recurso de casación (y en su día, en el de apelación) sea propiamente una cuestión nueva, puesto que su impugnación afecta a una cuestión suscitada en la propia demanda por la hoy recurrida, que el Juzgado de Primera Instancia abordó dando la razón a dicha demandante, que Consultrans cuestionó en su recurso de apelación, y la Audiencia Provincial resolvió en su sentencia, ciertamente considerándola como una cuestión nueva, quizás porque Consultrans no le había prestado atención en su contestación a la demanda. Pero, reiteramos, la cuestión no es propiamente nueva porque afectaba directamente a los hechos y argumentos que la Sra. Rafaela expuso en su demanda. Tampoco puede considerarse que sean cuestiones secundarias, sino que afectaban al núcleo de la decisión.

3.- En cuanto al defecto de hacer supuesto de la cuestión, al basar el motivo en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, es cierto que el recurso parte de algunos hechos (que las características de Altran no respondían realmente a la tipología de socio único, o que Imathia, cuando adquirió la totalidad de las acciones de Consultrans, desconocía el pacto retributivo concertado con la administradora) diferentes de los que la Audiencia Provincial ha fijado en su sentencia, sin que la fijación de dicha base fáctica sea impugnada adecuadamente a través de un recurso extraordinario por infracción procesal.

Pero eso no puede llevar a que se inadmita de plano el recurso de casación, si bien en su resolución habrá de partirse de la base fáctica sentada por la sentencia de la Audiencia Provincial, y no de la que incorrectamente pretende introducir la recurrente, puesto que el recurso de casación controla la correcta aplicación de la ley a la base fáctica sentada por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, no a la que el recurrente configure en su recurso apartándose de la sentada en apelación.

CUARTO .- Decisión de la Sala. Indemnización por cese del administrador prevista en el contrato de alta dirección pero no en los estatutos sociales. Carácter unipersonal de la sociedad. Venta de las acciones a un nuevo socio único. Abuso de la formalidad.

1.- Es un hecho admitido que la indemnización por cese cuyo pago reclamaba la Sra. Rafaela en su demanda, y que le fue concedida tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, estaba prevista en el contrato de alta dirección suscrito entre la demandante y la sociedad demandada, de la que era administradora, pero no estaba recogida en los estatutos sociales.

Tampoco resulta controvertido que las funciones que la demandante desempeñaba como directora general de Consultrans no diferían de sus funciones como administradora de la misma. De ahí que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia desestimara su demanda ante la jurisdicción social, fundada en el contrato de alta dirección, al negar su compatibilidad con la relación que la demandante tenía con la sociedad como administradora de la misma. Por tanto, a la relación societaria no se superpuso ninguna otra relación mercantil que justificara una retribución ajena al sistema de retribución de los administradores sociales. La remuneración fijada en el contrato de alta dirección retribuía las funciones que como administradora realizaba la demandante.

No existe tampoco controversia en que la indemnización objeto de este litigio está sometida al régimen de las retribuciones de los administradores sociales. Sobre este particular, declaramos en la sentencia 411/2013, de 25 de junio, la amplitud de la fórmula utilizada en el art. 200 TRLSA al regular el contenido de la memoria de las cuentas anuales (en su redacción anterior a la Ley 16/2007, de 4 de julio), cuando se refiere al « importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del consejo de administración, cualquiera que sea su causa... », permite concluir, con una interpretación sistemática, que tales indemnizaciones se someten al régimen de las retribuciones (sentencias de esta Sala 893/2011, de 19 de diciembre, y 25/2012, de 10 de febrero). Como afirma la sentencia 441/2007, de 24 abril, el art. 130 TRLSA no se refiere sólo a la contraprestación periódica prevista para el tiempo de ejecución de los servicios



contractuales, sino a cualquier tipo de retribución y, a tal fin, se deja a los redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas...). Y, como sostiene la sentencia 1147/2007, de 31 de octubre, debe atenderse al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad, con motivo de su cese.

Actualmente, la redacción del art. 217.2.f del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital despeja cualquier duda sobre esta cuestión.

2.- Como recordábamos en la sentencia núm. 412/2013, de 18 de junio, esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución « *aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles -en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que "se inspira en 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" » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008).*

Este criterio legal, que persigue que sean los socios, mediante acuerdo adoptado en la junta con una mayoría cualificada, quienes fijen el régimen retributivo de los administradores sociales, y que en todo caso los socios, lo fueran o no al tiempo en que esta decisión fue adoptada, estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en las que deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad.

3.- Son frecuentes los litigios relativos a retribuciones de los administradores sociales previstas en contratos de alta dirección concertados entre la sociedad y el administrador cuando no existe previsión estatutaria de que el cargo tenga carácter retribuido, o no existe previsión estatutaria que justifique esa concreta retribución. La cuestión se ha planteado no solo ante esta Sala, sino también ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la de lo Social de este tribunal.

En el caso objeto del recurso, cuando fue firmado el contrato de alta dirección que establecía esta indemnización por cese, los estatutos no preveían el carácter retribuido del cargo de administrador. Y cuando más adelante se previó este carácter retribuido mediante una modificación estatutaria, no se desarrolló la previsión, de modo que la indemnización reclamada por la demandante no tenía cobertura estatutaria.

La sentencia de esta Sala núm. 448/2008, de 29 mayo, abordó este problema sintetizando la jurisprudencia existente al respecto. En ella se hicieron las siguientes declaraciones de interés para resolver el presente caso:

« [...] *la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del Real Decreto legislativo 1.564/1989 y 66 de la Ley 2/1995, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria.*

»*Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.*

»*La sentencia de 24 de abril de 2007 precisó que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que "admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el artículo 130, mediante el rodeo propio del fraud legis".*

»*Lo mismo declaró la sentencia de 31 de octubre de 2007, con el argumento de que, "de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos".*



«Esa doctrina, favorable al tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en 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- y responde, además, a los términos del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores -Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo-, que excluye de su ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo ».

Este criterio favorable a lo que la Sala ha denominado "tratamiento unitario" de las retribuciones percibidas por los administradores se acoge en sentencias posteriores como la 555/2010, de 28 de septiembre, recurso núm. 1905/2006 , y la ya citada núm. 893/2012 (sic) , de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008 .

4.- Consecuencia de esta doctrina es que para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de lo que la citada sentencia 893/2012 (sic) , de 19 de diciembre de 2011 , denomina « elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa », que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria.

Como recordábamos en las sentencias núm. 412/2013, de 18 de junio , y 411/2013, de 25 de junio , en el caso de que se haya concertado un contrato de alta dirección entre la sociedad y el miembro del órgano de administración, la apreciación de este elemento objetivo de distinción tropieza con la dificultad añadida de que « las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprendidas -el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se refería al desempeño del cargo con la diligencia "de un ordenado comerciante y de un representante leal", el 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a la "de un ordenado empresario y de un representante leal", el 225 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a la "de un ordenado empresario" y el 226 del mismo texto dispone que "[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos"- , o, dicho de otra forma, la norma no discrimina entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión "societarias", por un lado, y las de ejecución y gestión "empresariales" -en este sentido la sentencia 450/2007, 27 de abril , afirma que constituye un claro error "concebir al "mero consejero" como una figura puramente decorativa o simbólica, carente de actividad significativa alguna y por ello no merecedor de retribución, de tal modo que en cuanto un administrador ejerciera cualquier actividad real para la sociedad estaría desempeñando un trabajo por cuenta ajena merecedor de retribución distinta de la prevista en los estatutos para los administradores y añadida a la misma"- » (sentencia de esta Sala núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011).

5.- Ahora bien, junto con lo anterior, como declaraba la sentencia núm. 893/2012 (sic) , de 19 de diciembre de 2011 , bajo el epígrafe « abuso de la formalidad », la anterior doctrina ha de matizarse en determinadas ocasiones por la aplicación de otras instituciones jurídicas, en concreto las exigencias de la buena fe plasmadas en la doctrina de los actos propios. Decíamos en esa sentencia:

« No obstante, la jurisprudencia de esta Sala, cuando la totalidad de los accionistas conocen y consienten el pacto, ha rechazado la oponibilidad de la exigencia contenida en el art. 130 LSA alejada de su finalidad de tutela y como fórmula para desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas -en este sentido la sentencia 445/2001, de 9 de mayo , rechazó la limitación impuesta por el artículo 130 de la LSA en una sociedad unipersonal en la que el ejecutivo por razones organizativas asumió la condición formal de administrador, pese a tratarse en la realidad de un alto directivo, y la 1147/2007, de 31 de octubre mantuvo la validez de la retribución "en una sociedad con accionista único, el único afectado por la eficacia de la cláusula es él, y no tiene derecho a quejarse, porque es él quien mantiene a los administradores en sus cargos y el que contrata" ya que "ello, que en los casos normales obedece a las razones ya expuestas, aquí es una mera formalidad"- , a lo que hay que añadir que la nulidad de un contrato ejecutado en parte no carece de consecuencias -el art. 1303 [del Código Civil] dispone la retroacción de prestaciones- y no impide valorar el desarrollo asimétrico de funciones cuando la totalidad de socios simultáneamente forma parte del órgano de administración ».

Otras sentencias que han excepcionado la aplicación del art. 130 TRLSA por estas razones son las núm. 448/2008, de 29 mayo, y 412/2013, de 18 de junio.



Esta es la razón por la que tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la sentencia de la Audiencia Provincial han estimado la demanda. En concreto, esta última sentencia, que es la recurrida ante esta Sala, ha considerado que al tratarse de una sociedad de socio único, este no puede resultar perjudicado por la ausencia de reflejo estatutario del contrato que fija la retribución del administrador, que aquí sería una mera formalidad, en tanto que los estatutos han podido modificarse por la sola voluntad del accionista único. El acto propio generado inicialmente por la sociedad propagaría sus efectos con la transmisión de las acciones a un nuevo socio único. Y no puede decirse que el nuevo socio sea un tercero de buena fe sorprendido por una previsión de retribución al administrador (la indemnización por cese) que, al carecer de reflejo estatutario, no constaba en el Registro Mercantil, porque el adquirente habría conocido el contrato de alta dirección en que tal indemnización se pactaba en la información previa a la venta, como resultaba del contrato de compraventa de acciones.

6.- La Sala entiende que, tal como ha considerado la Audiencia Provincial, Consultrans pretende un "abuso de la formalidad" al oponerse al pago de la indemnización por cese pactada en el contrato suscrito entre la sociedad y la administradora, puesto que en el presente supuesto no se causó ningún perjuicio a los socios dado que se trataba de una sociedad de socio único, y por tanto no solo estuvo perfectamente informado del establecimiento de la retribución al administrador, sino que fue ese socio quien decidió pactar esa retribución con la administradora (que no era socia), de forma que si no modificó los estatutos sociales para recoger tal retribución, es por causa solo a él imputable, pues al ser un socio único, estaba en su mano realizar la modificación estatutaria cuando lo considerara oportuno. Por tanto, la pretensión de aplicar al régimen de ineficacia al pacto sobre retribución no solo sería contraria a los actos propios, sino que supondría un abuso de la formalidad porque no respondería al fundamento que justifica la previsión contenida en el art. 130 TRLSA .

7.- Es cierto que el actual socio único no es el mismo que lo era cuando se suscribió el contrato de alta dirección. Asimismo, frente a lo declarado por la Audiencia Provincial, la doctrina de los actos propios solo puede ser opuesta frente a quien realizó la actuación que se considera vinculante hasta el punto de ser contraria a la buena fe la pretensión de desconocerla o contrariarla, puesto que se trata de un acto personalísimo, y que en este caso, el acto propio no lo 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 art. 130 TRLSA 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 art. 130 TRLSA .

Pero los hechos recogidos por la Audiencia Provincial en su sentencia muestran que la demandante, que desde hacía años no era accionista de Consultrans, vino desempeñando durante años el cargo de administrador con un régimen retributivo pactado con la sociedad de socio único en un contrato de alta dirección, y que este régimen retributivo fue conocido por Imathia, que, conociéndolo, adquirió a Altran todas las acciones de Consultrans para convertirse en su socio único, y en el contrato de adquisición de las acciones se tuvo en consideración la existencia de tal indemnización pactada en el contrato de alta dirección pues se estipuló que « *las partes acuerdan expresamente que el Vendedor no responderá en ningún caso de: [...] (ii) Cualquier responsabilidad relacionada con posibles reclamaciones o demandas interpuestas por un empleado de la Sociedad, un miembro de su órgano de administración o un tercero profesional independiente, y que estén relacionadas con: a. Su remuneración, dineraria o no dineraria, así como cualquier tipo de honorarios o beneficios [...] c. Las posibles indemnizaciones en caso de despido o extinción de la relación, incluyendo las que deban pagarse en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 del Real Decreto 1382/1985, aplicable al personal de alta dirección*». Debe recordarse que la demandante era administradora única de Consultrans, y la única que tenía concertado un contrato de alta dirección al que era aplicable el Real Decreto 1382/1985.

La función del art. 130 TRLSA , en orden a proteger al socio de los abusos que puedan cometerse con las remuneraciones de los administradores, a fin de que tenga una información clara sobre cuáles son tales remuneraciones, y residenciar en la junta de socios, con las mayorías necesarias para modificar los estatutos, la competencia para fijar el régimen retributivo, pierde su sentido cuando se trata de una sociedad de socio único, que ha tenido por tanto perfecto conocimiento del régimen retributivo, aunque haya sido fijado en contrato, y que además es quien ha decidido dicho régimen, como ya declaramos en la sentencia num. 1147/2007, de 31 octubre. Y cuando quien deviene nuevo socio único ha conocido este régimen retributivo pactado y lo ha aceptado al adquirir las acciones con una cláusula que libera al vendedor del pago de la indemnización prevista como parte de dicho régimen retributivo, oponerse al pago de tal indemnización constituye un abuso de la formalidad por parte del socio único que no puede ser estimado.

8.- La consecuencia de lo expuesto es que el recurso de casación ha de ser desestimado.

QUINTO .- Costas y depósito



1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por "Consultrans, SAU" contra la sentencia núm. 639/2013 dictada el diecisiete de julio de dos mil trece, por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 380/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 227/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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.-Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.