

Roj: STS 3443/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100372  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 365/2011  
Nº de Resolución: 412/2013  
Procedimiento: Casación  
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Teodoro , representado ante esta Sala por el Procurador D. Luis M.ª Carreras de Egaña, contra la Sentencia núm. 367/2010, de 9 de noviembre, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 522/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 366/2008, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Han sido partes recurridas D. Jose Pablo y la entidad "CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L.", representadas por el Procurador D. Antonio García Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

**PRIMERO** .- D. Jesús Miguel Acín Biota, Procurador de los Tribunales y de D. Teodoro , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad "CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L." y su administrador único, D. Jose Pablo , cuyo suplico decía: «[...] se sirva dictar sentencia por la que declare:

» 1. Ilícita la remuneración que percibe el Administrador Don Jose Pablo de la mercantil CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L.

» 2. La responsabilidad del Sr. Administrador, Jose Pablo , por el cobro de dicha remuneración en relación a los daños causados a la mercantil.

» 3. La nulidad del acuerdo adoptado en el cardinal nº 3 de la Junta General de 3 de abril de 2008 por el que se acordaba la "aprobación de la retribución percibida por el socio de la compañía Jose Pablo por los servicios prestados a la compañía durante el ejercicio 2.007 como trabajador de la misma y fijación de la retribución a percibir por el mismo en el ejercicio 2.008 por los mismos conceptos"

» y en consecuencia, se condene:

.- al Sr. Administrador, Don Jose Pablo a reintegrar al patrimonio social de la mercantil Construcciones Dojoma, S.L. la cantidad equivalente al coste que para la referida mercantil ha supuesto el pago de dicha remuneración más intereses hasta el concreto reintegro de dicho importe a la sociedad.

.- a la mercantil Construcciones Dojoma, S.L. a estar y pasar por la declaración de nulidad del acuerdo adoptado bajo el punto 3º de la Junta General de fecha 3 de abril de 2.008.

» Y, todo ello con expresa imposición de costas a las demandadas.

**SEGUNDO**.- La demanda fue presentada en el Decanato de los Juzgados de Barcelona con fecha 15 de mayo de 2008 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 3, quedando registrada como procedimiento ordinario núm. 366/2008. Admitida ésta a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas para su contestación.

**TERCERO**.- La Procuradora D.ª María Teresa Vidal Farré, en nombre y representación de la entidad "CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L." y de D. Jose Pablo , presentó escrito de 31 de julio de 2008, en el

que solicitó al Juzgado «[...] tenga por formulada contestación y oposición a la demanda y tras los trámites, suspenda el presente procedimiento hasta que sea firme la sentencia que se dicte en Autos de Juicio Ordinario nº. 219/2007-F que se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº. 1 de Barcelona, y una vez se levante la suspensión, se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas al actor.»

**CUARTO.-** En la audiencia previa las partes manifestaron la subsistencia del litigio y que no había disposición para llegar a un acuerdo o para formalizar una transacción que pusiera fin al proceso, los letrados se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y de contestación, se rechazó la excepción planteada por la parte demandada, la Letrada, D.<sup>a</sup> Silvia Domínguez Alcalde recurrió en reposición, que se desestimó, formulando protesta, se propusieron las pruebas, se admitieron las que se consideraron pertinentes, y se señaló para juicio el 13 de mayo de 2009, fecha en la que se celebró, con la práctica de la prueba propuesta, formulándose conclusiones y quedando los autos vistos para sentencia.

**QUINTO.-** Tras seguirse los trámites anteriormente citados, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona dictó Sentencia, con fecha 5 de junio de 2009, con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que, con desestimación íntegra de la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Jesús Miguel Acín Biota en nombre y representación de D. Teodoro y dirigida contra Construcciones Dojoma, S.L. y D. Jose Pablo, debo absolver como absuelvo a los demandados Construcciones Dodoma, S.L. y Don Jose Pablo de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda y, por tanto, debo declarar y declaro lícita la remuneración percibida por el codemandado Don Jose Pablo y debo declarar y declaro válido el acuerdo tercero del Orden del Día de la Junta General de Socios de 3 de abril de 2008 de la sociedad Construcciones Dojoma, S.L., todo ello con imposición de las costas causadas en el presente procedimiento al actor Don Teodoro »

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

**SEXTO.-** La representación procesal de D. Teodoro, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona y suplicó: «[...] se estime íntegramente el presente recurso de apelación y, en sus méritos, se revoque la sentencia de fecha 5 de junio de 2009, respecto a la desestimación de la demanda de esta parte, con la consiguiente estimación íntegra de la demanda en su día interpuesta por esta representación procesal, y todo ello con expresa imposición de las costas de ambas instancias a la parte actora.»

**SÉPTIMO.-** La Procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa Vidal Farre se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario y suplicó «[...] se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación planteado de contrario, confirmándose la Sentencia objeto de apelación en todos sus extremos, con expresa imposición de las costas a la adversa.»

**OCTAVO.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el rollo núm. 522/2009-3<sup>a</sup> y tras seguir los trámites correspondientes, dictó la Sentencia núm. 367/2010, de 9 de noviembre, cuya parte dispositiva disponía: «FALLAMOS: Desestimamos el recurso interpuesto por Teodoro contra la Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número tres de Barcelona que se ha referido en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.»

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

**NOVENO.-** La representación procesal de D. Teodoro formuló recurso de casación contra la Sentencia dictada en apelación por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso núm. 522/2009, argumentando para su interposición la infracción por inaplicación o incorrecta aplicación e interpretación de los artículos 66 y 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo, y jurisprudencia que los desarrolla, en relación con el artículo 1261 del Código Civil, con el consiguiente fraude de Ley.

**DÉCIMO.-** La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas ante la misma la entidad "CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L." y D. Jose Pablo, por medio del Procurador D. Antonio García Martínez, y D. Teodoro, a través del Procurador D. Luis M.<sup>a</sup> Carreras de Egaña, se dictó Auto de 27 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Teodoro contra la Sentencia dictada con fecha 9 de noviembre de 2010 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15<sup>a</sup>), en el rollo de apelación nº 522/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario sobre nulidad de acuerdos sociales nº 366/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

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

**UNDÉCIMO.-** El Procurador de D. Francisco Egea Zaguire y de la entidad "CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L." presentó escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por la parte contraria.

**DUODÉCIMO.-** Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

**DECIMOTERCERO.-** Mediante providencia de 25 de marzo de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 29 de mayo del mismo año, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Para entender la controversia planteada ante esta Sala es preciso exponer los hechos más relevantes fijados en la instancia.

El demandante, D. Teodoro , constituyó en marzo del año 2000 la sociedad "CONSTRUCCIONES DOJOMA, S.L." (en lo sucesivo, CONSTRUCCIONES DOJOMA) junto con otros cinco socios. Fue nombrado administrador de la sociedad uno de esos socios, el codemandado D. Jose Pablo .

Los estatutos sociales de CONSTRUCCIONES DOJOMA establecían que el cargo de administrador era gratuito. En el año 2002, al aumentar la actividad de la sociedad, todos los socios acordaron abrir una oficina y poner al Sr. Jose Pablo al frente de la misma, por lo que este abandonó el puesto de trabajo retribuido que tenía en otra empresa. Todos los socios, incluidos el demandante, acordaron que el administrador percibiera una remuneración por su trabajo, si bien no firmaron un contrato de alta dirección documentado por escrito por la confianza que entonces existía entre los socios. El Sr. Jose Pablo cobró la remuneración desde el año 2002.

En el año 2005 comenzaron las disensiones del demandante con el resto de socios y concretamente con el Sr. Jose Pablo . El demandante ha ejercitado su derecho de separación de la sociedad, sobre el que se promovió un litigio judicial. A la vista de las disensiones existentes, en una junta de socios de 2008 se aprobó la retribución que el Sr. Jose Pablo había recibido en 2007 y se fijó la del año 2008.

El socio demandante promovió en mayo de 2008 la demanda origen de este proceso en la que ejercitó dos acciones. La primera era la acción social de exigencia de responsabilidad al administrador social. En ella reclamaba al administrador la devolución de las cantidades percibidas de la sociedad porque consideraba que su pago constituía un daño para la sociedad al ser contrario a la previsión de gratuidad de los estatutos y no haberse adoptado por la junta de socios un acuerdo autorizando el establecimiento de una relación de prestación de servicios por el administrador a la sociedad como exige el art. 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

La segunda acción impugnaba el acuerdo de la junta de socios de 2008 que aprobó la retribución que el Sr. Jose Pablo había recibido en 2007 y fijó la del 2008.

El Juzgado Mercantil desestimó la demanda porque consideró que el Sr. Jose Pablo realizaba funciones más allá de las de administrador, puesto que realizaba labores de gerencia y llevaba el departamento comercial, dado que los socios acordaron en 2002 que el Sr. Jose Pablo se encargase de gestionar la sociedad «pero entiende quien resuelve que no en el sentido de administrarla o de ser su administrador, sino de algo más, de llevar la política general de la empresa, de controlar las obras y a los industriales, de comercializar los pisos, de vender, etc.», pese a que en las nóminas constara el pago en concepto de "administrador" y estuviera dado de alta en el régimen de seguridad social de autónomos. Consideraba el Juzgado Mercantil en su sentencia que «esa remuneración lo es por motivos de trabajo, no es una remuneración en concepto de administrador».

Asimismo tuvo en cuenta que el demandante fue uno de los socios que conocía el acuerdo de que se pagara una remuneración al Sr. Jose Pablo y solo cuando surgieron las desavenencias con este, impugnó el cobro de esta remuneración por la situación de encono y enfrentamiento personal con el administrador.

El cobro de la remuneración tampoco vulneraría el art. 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada porque según el Juzgado no hubo una prestación de servicios o de obra por el administrador a favor de la sociedad.

La sentencia del Juzgado Mercantil también desestimó la acción de impugnación de los acuerdos sociales porque entendió que no era necesario el acuerdo de la junta de socios, que fue adoptado porque los socios quisieron dejar constancia por escrito de la aprobación y fijación de la remuneración ante la situación de enfrentamiento con el demandante.

El demandante recurrió en apelación la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso porque consideró probado que los socios encargaron al Sr. Jose Pablo la gestión de la sociedad. Su sentencia afirmaba: «esta gestión encomendada al Sr. Jose Pablo abarcaba el encargarse de llevar la política general de la empresa, de controlar las obras y a los industriales, de comercializar los pisos, de vender, en una palabra, de gestionar la sociedad». Por ello consideraba la sentencia de apelación que la remuneración que percibió correspondió a su relación laboral con la sociedad.

La sentencia de la Audiencia Provincial destacó que el demandante conoció y consintió hasta el año 2006 la situación existente respecto de la remuneración del Sr. Jose Pablo por lo que la pretensión que ejercita en la demanda va contra sus propios actos.

El demandante formula recurso de casación contra esta sentencia.

### **Recurso de casación**

#### **SEGUNDO.- Motivo único del recurso de casación**

El demandante formula su recurso articulándolo en torno a un único motivo de casación, que encabeza con el siguiente título: «Infracción por inaplicación o incorrecta aplicación e interpretación de los artículos 66 y 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo, y jurisprudencia que los desarrolla, en relación con el artículo 1261 del CC, con el consiguiente fraude de Ley.»

Los argumentos expuestos a lo largo del escrito de recurso son, sucintamente, (i) que la gestión de la sociedad constituye el objeto de las actividades del administrador por lo que el cobro de una remuneración por la realización de las mismas infringe la ley y los estatutos sociales, que establecían la gratuidad del cargo, (ii) que es necesaria la autorización previa de la junta para cualquier prestación de servicios entre el administrador y la sociedad; (iii) que ni siquiera el acuerdo de la junta justifica la percepción de la remuneración al responder la misma a actuaciones propias del administrador social y (iv) que el acuerdo adoptado en el año 2002 no fue un acuerdo de la junta, sino un acuerdo de los socios sin estar constituidos en junta general, por lo que sería en todo caso insuficiente.

#### **TERCERO.-Valoración de la Sala. El "tratamiento unitario" de la retribución del administrador social y sus consecuencias.**

El art. 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aplicable por razones temporales, establecía que "el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución". El vigente art. 217.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital reproduce casi literalmente dicho precepto.

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). En el caso allí enjuiciado se trataba de una sociedad anónima, pero los razonamientos son igualmente aplicables a la sociedad limitada, como es la demandada.

Este criterio legal, que persigue que los socios 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. Esta finalidad de fomentar la transparencia y lo que se ha venido a llamar una "gobernanza empresarial sana" está también presente en las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea y en los códigos de buen gobierno elaborados por las autoridades reguladoras.

Son frecuentes los litigios relativos a administradores que han percibido retribuciones de la sociedad pese a no existir previsión estatutaria de que el cargo tenga carácter retribuido, en los que el pago de tales retribuciones se intenta justificar por la existencia de un vínculo con la sociedad distinto del que supone el cargo de administrador. Lo habitual es que se alegue la prestación de servicios de alta dirección. 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.

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 448/2008, de 29 mayo, recurso núm. 322/2002 aborda 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 *fraus 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, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008.

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 núm. 893/2012 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.

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 omnicomprendivas -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 otras 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 la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008 ).

Teniendo en cuenta lo expuesto, no se considera suficiente para apreciar la concurrencia del elemento objetivo de distinción entre actividades debidas a la sociedad como administrador y las debidas por una relación contractual, la afirmación que la sentencia recurrida hace de que el Sr. Jose Pablo, como un plus respecto de su condición de administrador social, llevaba la política general de la empresa, pues esta es una de las funciones típicas de la administración social; o que el Sr. Jose Pablo realizaba actividades que la sentencia resume considerando que se trataba «en una palabra, de gestionar la sociedad» o que se trató de «remuneración de la prestación de sus servicios de gestión para la sociedad», porque las actividades de gestión social son también propias del administrador. Es cierto que en la sentencia se hace mención a actividades de control y comerciales, pero no se precisan suficientemente, y se resumen considerándolas como gestión de la sociedad.

El cargo de administrador no tiene un carácter puramente consultivo u honorífico. Conlleva la obligación de realizar actividades para la sociedad consistentes fundamentalmente en el desempeño de funciones de gestión, dirección y representación de la sociedad ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 555/2010, de 28 de septiembre, recurso núm. 1905/2006 ). Afirma en este sentido la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 450/2007, 27 de de abril, recurso núm. 1167/2000, 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».

Por ello, si la retribución que recibía el Sr. Jose Pablo lo era por la prestación de sus servicios de gestión para la sociedad, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, estaba percibiendo la retribución por su carácter de administrador social, para lo cual es preciso la previsión estatutaria en los términos previstos en el art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

#### **CUARTO.-La autorización de la junta a la prestación de otros servicios por el administrador a la sociedad limitada**

No se acepta la conclusión alcanzada por las sentencias de instancia de que tampoco era preciso el acuerdo de la junta general de socios autorizando el establecimiento de relaciones de prestación de servicios, distintos de los propios del órgano de administración social, entre la sociedad y el administrador previsto en el art. 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

Si el administrador de una sociedad limitada presta a esta servicios que exceden de las funciones de gestión, dirección y representación que propiamente constituyen el objeto del cargo de administrador social, y por tanto no entran en el régimen de exigencia de concreta previsión estatutaria establecido en el art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tales servicios han de ser autorizados en la forma prevista en el art. 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

Este régimen responde también a las exigencias de transparencia, claridad y conocimiento por los socios que rigen las relaciones entre administrador y sociedad, y en concreto las que supongan la percepción por el administrador de contraprestaciones abonadas por la sociedad.

No obstante, como se ha dicho, los servicios que prestaba el Sr. Jose Pablo a la sociedad eran los propios de su cargo de administrador, por lo que la autorización de la junta para la percepción de tal retribución no sería suficiente para justificarla porque los estatutos preveían el carácter gratuito del cargo.

**QUINTO.- La doctrina de los actos propios y el conocimiento y consentimiento continuado por parte del socio demandante del pago de una retribución al administrador**

El último argumento impugnatorio del recurso consiste en que el acuerdo adoptado en el año 2002 no fue un acuerdo de la junta, sino un acuerdo de los socios sin estar constituidos en junta general, por lo que sería en todo caso insuficiente para justificar los pagos hechos al administrador.

Lo afirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial no es que baste un acuerdo de los socios, adoptado al margen de la junta general, para legitimar la percepción de retribución por el administrador cuando los estatutos sociales prevén la gratuidad del cargo.

La sentencia recurrida ha resaltado «el conocimiento y consentimiento del actor hasta el año 2006 de esa situación, situación a la que se avino y toleró» por lo que considera que, no habiéndose producido el cambio de circunstancias, la actuación del socio demandante al exigir la devolución por el administrador de las cantidades percibidas e impugnar los acuerdos sociales que justificaban las retribuciones de los últimos dos años, vulnera la prohibición de ir contra los propios actos.

La Sala considera que este es el argumento fundamental que ha llevado al Juzgado Mercantil y a la Audiencia Provincial a desestimar la demanda. Es un argumento acertado, y aplica la jurisprudencia sentada por la Sala en casos similares ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 445/2001, de 9 de mayo, recurso núm. 1058/1996 , núm. 1147/2007, de 31 de octubre, recurso núm. 3915/2000 , núm. 448/2008, de 29 mayo, recurso núm. 322/2002 , y 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008 ).

La cuestión no es, como plantea el recurrente en el motivo, si un acuerdo adoptado por los socios sin estar constituidos en junta general puede suplir la exigencia de previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador. Lo relevante es que, según afirman las sentencias de instancia, la retribución del administrador se acordó por todos los socios, incluido el demandante, en el año 2002; que como consecuencia de ese acuerdo el Sr. Jose Pablo abandonó el puesto de trabajo retribuido que desempeñaba en otra empresa para dedicarse exclusivamente a prestar sus servicios a la sociedad de la que había sido nombrado administrador; y que tal situación se prolongó hasta el año 2006 en que el hoy actor comenzó a objetar dicha situación.

Tal conducta es apta para generar fundadamente en el administrador la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podía percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy actor y en que no se le iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Tal comportamiento, en cuanto significativo, prolongado y contradictorio con la pretensión deducida en la demanda, convierte a ésta en inadmisibile, en aplicación de la doctrina de los actos propios, manifestación del principio general de buena fe. Lo que se toma en consideración por la Audiencia Provincial no es la existencia de un acuerdo parasocial (en tanto que destinado a regular aspectos de la relación jurídica societaria y adoptado sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos), que en tanto fuera contrario a la legislación societaria no sería válido, sino que valora el comportamiento del socio demandante, reiterado durante varios ejercicios, como generador de confianza en el demandado sobre la regularidad de la percepción de sus retribuciones (en este sentido, sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 448/2008, de 29 de mayo, recurso núm. 322/2002 ).

Esta solución no contraría la finalidad de transparencia e información de los socios sobre el régimen de retribución del administrador puesto que esa retribución fue plenamente conocida y consentida por todos los socios, y concretamente por el demandante, durante varios años.

Lo expuesto lleva a que el recurso de casación no pueda ser estimado puesto que esta parte de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida sirve para justificar por sí sola la desestimación de la demanda.

**SEXTO .- Costas**

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 al recurrente.

Procede acordar la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre,



complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina 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 D. Teodoro , contra la Sentencia núm. 367/2010, de 9 de noviembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 522/2009 .

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso 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 Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. 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 Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ