



Roj: **STS 3743/2025 - ECLI:ES:TS:2025:3743**

Id Cendoj: **28079110012025101169**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2025**

Nº de Recurso: **4101/2020**

Nº de Resolución: **1149/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 28ª, 12-06-2020 (rec. 180/2019),
SAP M 6860/2020,
ATS 17425/2023,
STS 3743/2025**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.149/2025

Fecha de sentencia: 16/07/2025

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4101/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/06/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4101/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1149/2025

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Manuel Almenar Belenguer



En Madrid, a 16 de julio de 2025.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, y el recurso de casación interpuestos respecto de la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid. Es parte recurrente y recurrida Roberto , representado por la procuradora M.^a del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de Adolfo Prego de Oliver Tolivar, que asistieron al acto de la vista; es parte recurrente y recurrida la mercantil Sacyr Vallehermoso, S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo, que asistió a la vista, y bajo la dirección letrada de Fernando de la Mata Viader y Ezequiel Miranda Giménez-Rico, asistió al acto de la vista el letrado Daniel Irigoyen Fujiwara.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1.La procuradora Ángela Rodríguez Martínez-Conde, en nombre y representación de Roberto , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, contra la mercantil Sacyr Vallehermoso, para que se dictase sentencia por la que:

«[...] estimando la demanda condene a Sacyr Vallehermoso S.A. a pagar a D. Roberto las siguientes cantidades y por los conceptos que se indican:

»- Ocho millones cuatrocientos mil euros (8.400.000 €) -o, subsidiariamente, la cantidad de ocho millones trescientos setenta y un mil doscientos veintinueve euros con setenta y tres euros (8.371.229,73 €) y por aplicación analógica a la indemnización por despido improcedente que habría correspondido al actor si la relación contractual extinguida hubiera sido de naturaleza laboral-, en concepto de indemnización conforme a sus estatutos sociales por su cese el 20 de octubre de 2,011 como Presidente ejecutivo del Consejo de Administración de la mercantil demandada, con más sus intereses legales computados desde el 1.1.2012 y hasta el momento de su completo pago, los cuales deberán incrementarse en dos puntos desde el dictado de la sentencia; y

»- 555.592,15 € (quinientos cincuenta y cinco mil quinientos noventa y dos euros con quince céntimos) en concepto de pago al actor de sus retribuciones (fija y variable) pendientes de abono y correspondientes: a los 20 días trabajados entre el 1 y el 20 de octubre de 2.011, a la parte proporcional devengada a hasta el 20 de octubre de 2.011 y correspondiente a la paga extraordinaria de diciembre y a la parte variable correspondiente al segundo semestre de su retribución anual y devengada entre el 1 de julio y el 20 de octubre de 2.011, con más sus intereses legales computados desde el 30.10.2011 y hasta el momento de su completo pago, los cuales deberán incrementarse en dos puntos desde el dictado de la sentencia.

»- Y todo ello con expresa condena a la Compañía demandada al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento».

2.La procuradora Ana Llorens Pardo en representación de la mercantil Sacyr Vallehermoso, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«[...] por la que se desestimen todos y cada uno de los pedimentos formulados de contrario, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandante.»

3.El Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se desestima la demanda presentada a instancia de D. Roberto representado por la procuradora D^a Ángela Rodríguez Martínez-Conde, con la mercantil Sacyr Vallehermoso S.A., representada por la Procuradora D^a Ana Llorens Pardo, y en consecuencia absuelvo a la demandada de todo pedimento de la demanda.

»Las costas se imponen a la parte demandante por lo dispuesto en el último fundamento jurídico»

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Roberto .

2.La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 12 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo: 1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Roberto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

»2.- Revocamos en parte dicha resolución y, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Don Roberto contra la entidad Sacyr Vallehermoso S.A., condenamos a esta a satisfacer al demandante la suma de 3.500.000 € (tres millones quinientos mil euros) en concepto de indemnización por cese y su interés legal desde el 1 de enero de 2012, así como la cantidad de 66.703,87 € (sesenta y seis mil setecientos tres euros con ochenta y siete céntimos) en concepto de retribución pendiente y su interés legal desde el 30 de octubre de 2011. Cantidades que en su conjunto devengarán el interés previsto en el Art. 576-2 de la L.E.C. desde la fecha de la presente resolución.

»3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.»

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*

1.La procuradora Carmen Ortiz Cornago, en representación de Roberto , interpuso recurso de casación ante la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Al amparo del art. 477.2-2º LEC y con relación a la indemnización por cese del actor, sólo parcialmente estimada, denunciarnos la infracción del art. 217 LSC, texto refundido por RDL 1/2010 de 2 de julio en relación con el art. 43.2 de los Estatutos de la sociedad demandada, Sacyr Vallehermoso, S.A.

»2º) Al amparo del art.- 477.2-2º LEC y con relación en este motivo a la pretensión de pago de la retribución variable adeudada por la demandada al actor en la parte proporcional devengada durante los tres meses y veinte días transcurridos del segundo semestre de 2011, se denuncia en este motivo la infracción del art. 217 LSC texto refundido aprobado por RDL 1/2010 de 2 de julio en relación con el art. 43.2 de los Estatutos de Sacyr Vallehermoso, S.A.»

2.La Procuradora Ana Llorens Pardo en representación de la mercantil Sacyr Vallehermoso, S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Previsto en el art. 469.1.4º LEC, esto es, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE.

»2º) Previsto en el art. 469.1.2º LEC, esto es, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y, en concreto, de los principios de congruencia y motivación regulados en el art. 218.1 y 2 de la LEC.

»3º) Previsto en el art. 469.1.4º LEC, esto es, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE.

»4º) Previsto en el art. 469.1.2º LEC, esto es, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y, en concreto, de las normas reguladoras de la carga de la prueba del art. 217.2 de la LEC y de los principios de congruencia y motivación regulados en el art. 218.1 y 2 de la LEC.

»5º) Previsto en el art. 469.1.2º LEC, esto es, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 1089, 1254, 1257, 1261 y 1278 del CC, en relación con el art. 23 de la LSC, así como de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta.

»2º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 38 de la Constitución Española, en relación con los arts. 28, 160, 205, y 217.2 de la LSC y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta.

»3º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 9.3 de la CE, 159.2, 251 y 204 al 208 de la LSC, y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta.

»4º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 7.2 del CC y la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho.

»5º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 93 de la CE y 2.3 del CC y de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta.



»6º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 225 y 226 de la entonces vigente LSC, así como de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta.»

3.Por diligencia de ordenación de 10 de septiembre de 2020, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

4.Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente y recurrida Roberto representado por M.ª del Carmen Ortiz Cornago; y la mercantil Sacyr Vallehermoso, S.A., representada por Ana Llorens Pardo.

5. Esta sala dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Sacyr Vallehermoso, S.A. contra sentencia de 12 de junio de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 180/2019, dimanante del proceso ordinario seguido con núm. 388/2012, en el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid; con pérdida del depósito constituido.

»2.º Admitir los recursos de casación interpuestos por la representación procesal D. Roberto y la representación procesal de Sacyr Vallehermoso, S.A. contra sentencia de 12 de junio de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el recurso de apelación núm. 180/2019, dimanante del proceso ordinario seguido con núm. 388/2012, en el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid.»

6.Dado traslado, las respectivas representaciones procesales de Roberto, y de la entidad Sacyr Vallehermoso, S.A., presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

7.Al solicitarse la celebración de vista pública, se señaló el día 26 de junio de 2025, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1.Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.1. Roberto fue presidente ejecutivo del Consejo de Administración de Sacyr Vallehermoso, S.A. (en adelante, Sacyr) desde abril de 2003 hasta octubre de 2011.

En el año 2006, Sacyr se convirtió en accionista de referencia de Repsol YPF, S.A. al adquirir, a través de una sociedad participada (Sacyr Vallehermoso Participaciones Inmobiliarias, S.L.U.), el 20,01% de sus acciones. Esta adquisición fue financiada con un crédito sindicado, del que resultó una deuda de 5.175.000.000 euros, que vencía el 21 de diciembre de 2011. Entre otras garantías, se constituyó una prenda sobre ese paquete de acciones de Repsol.

1.2.En enero de 2011, el valor de cotización de las acciones de Repsol era inferior a su valor en libros.

Sacyr, en ese momento, carecía de capacidad para devolver el crédito, por lo que se intentó una refinanciación, de la que se encargó el Sr. Roberto.

En agosto de 2011, el Sr. Roberto negoció un pacto de sindicación de acciones (de Repsol) con otra accionista, Grupo Pemex (petrolera), que confería a esta última un derecho de adquisición preferente respecto del paquete de acciones titularidad de Sacyr, lo que trajo consigo un conflicto con Repsol.

El 20 de octubre de 2011, el Consejo de Administración de Sacyr adoptó el acuerdo de separar del cargo de presidente ejecutivo a Roberto, quien después presentó su dimisión del cargo de consejero.

1.3.La Comisión de nombramientos y retribuciones de Sacyr, en su reunión de 29 de marzo de 2012, acordó proponer al Consejo de Administración una retribución a favor del Sr. Roberto, para 2011, de 1.700.502,29 euros, así como que no se aprobara ninguna indemnización por su cese. Esta propuesta fue aprobada por el Consejo de Administración, en su reunión de 29 de marzo de 2012 y ratificada por la junta general de accionistas de 21 de junio de 2012.

La Comisión de nombramientos y retribuciones de Sacyr elaboró el informe anual de evaluación del desempeño del presidente ejecutivo durante el año 2011, en el que concluyó lo siguiente:

«No obstante, debe recordarse que:

»(i) Incumplió de manera creciente a lo largo del ejercicio con sus objetivos y, especialmente, no cumplió con el principal objetivo que el consejo le tenía encomendado (la refinanciación del crédito de adquisición de acciones



de Repsol-YPF); de hecho, fueron los frutos y situaciones a las que llevó su estrategia y actitud sobre dicho particular las que, en evitación de un mal mayor, motivaron su separación del cargo de Presidente en la reunión del Consejo octubre de 2011, al constatarse que su insistencia en el mantenimiento de dicha estrategia y actitud, hacían imposible alcanzar la refinanciación, de acuerdo con los informes técnico disponibles;

»(ii) existían quejas de consejeros por no contar con información suficiente o segura en determinadas cuestiones importantes, en especial las relativas a la situación de la obtención de la refinanciación del préstamo de adquisición de acciones de Repsol-YPF, y tampoco el Consejo contó con dicha información, como se pone de manifiesto en diversas Actas del mismo.

»Por todo ello y por la importancia del asunto comentado, que puso en peligro la supervivencia de la sociedad, esta Comisión estima que la gestión de D. Roberto en 2011 no ha sido adecuada».

Este informe fue aprobado, por unanimidad, por el Consejo de Administración de Sacyr el 10 de mayo de 2012.

1.4. El art. 43 de los Estatutos de Sacyr disponía lo siguiente:

«1.- Los consejeros, en su condición de miembros del Consejo de Administración, tendrán derecho a percibir una retribución de la Sociedad que consistirá en una cantidad anual fija y en una prestación asistencial (seguro, fondos de pensiones, etc.). El importe conjunto de las retribuciones anteriores será fijado por la Junta General. Dicho importe, que no podrá exceder del 2,5% del resultado neto del ejercicio atribuido a la Sociedad en las cuentas anuales consolidadas del Grupo, se mantendrá entre tanto no sea modificado por un nuevo acuerdo de la Junta General. La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro de aquel límite y su distribución entre los distintos consejeros por razón de su cargo en él y en sus distintas Comisiones corresponde al Consejo de Administración, el cual podrá distinguir, en el marco de dicha distribución, los importes que corresponde a remuneración por asistencia del resto de conceptos retributivos. Si el 2,5% del beneficio de un ejercicio resultase inferior al importe efectivamente abonado, o si en un ejercicio no hubiera beneficios, los consejeros estarán obligados a la restitución del 100% de lo efectivamente abonado por conceptos diferentes a remuneraciones por asistencia.

»2.- Además, los consejeros que cumplan funciones ejecutivas dentro de la sociedad tendrán derecho a percibir, por este concepto, una retribución compuesta por: (a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidos; (b) una parte variable, correlacionada con algún indicador de los rendimientos del consejero o de la empresa; (c) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (d) una indemnización para el caso de cese no debido a incumplimiento imputable al consejero.

»La determinación del importe de las partidas retributivas que integran la parte fija, de las modalidades de configuración y de los indicadores de cálculo de la parte variable (que en ningún caso podrá consistir en una participación en los beneficios de la sociedad) y de las previsiones asistenciales y de la indemnización por cese corresponde al Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones. Los consejeros afectados se abstendrán de asistir y participar en la deliberación correspondiente. El Consejo cuidará que las retribuciones se orienten por las condiciones del mercado y tomen en consideración la responsabilidad y grado de compromiso que entraña el papel que está llamado a desempeñar cada consejero.

»Las retribuciones establecidas de acuerdo con lo previsto en este apartado deberán ser sometidas en cada ejercicio a la ratificación de la Junta General».

2. Roberto, en la demanda que inició este procedimiento, reclamaba de Sacyr la cantidad de 8.371.229,73 euros, como indemnización por razón de su cese como consejero ejecutivo, y 555.592,15 euros de retribuciones (fija y variable) pendientes de pago.

El desglose de las retribuciones es el siguiente:

a) 66.703,87 € de retribución fija por los días trabajados entre el 1 y el 20 del mes de octubre de 2011. Se trataría de la parte correspondiente a esos 20 días de la retribución bruta mensual que el actor venía percibiendo de 100.055,81 €, según acredita con los distintos documentos (aparentes nóminas) que acompaña a su demanda agrupados como documento 16 (folios 279 y ss.).

b) 61.110,50 € de parte proporcional, hasta el 20 de octubre de 2011, de la paga extra de 100.000 euros del segundo semestre de 2011.

c) 427.777,78 € de parte proporcional de la retribución variable, hasta el 20 de octubre de 2011, que por importe total de 700.000 € le correspondería por el segundo semestre de 2011.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Entendió que el cese de Roberto como presidente del Consejo de Administración de Sacyr «fue debido a incumplimientos imputables al mismo». En concreto, que incumplió los deberes de diligencia y lealtad en «su gestión sobre la refinanciación del crédito sindicado de



Repsol, que situaron a Sacyr al borde del abismo y de la desaparición». Además, después de dejar constancia de los hechos acreditados que hemos reseñado en el apartado 1.3., de este fundamento jurídico primero, el juzgado concluye que «la sociedad ha satisfecho el importe que, en concepto de retribución fija y variable, aprobó el Consejo de Administración en su reunión de 29 de marzo de 2012», ratificado por la junta general «en su reunión del día 21 de junio de 2012, y que asciende a 1.700.502,29 euros». También advierte que el Sr. Roberto pudo impugnar los referidos acuerdos del consejo y de la junta general, y no lo hizo. Por lo que la sentencia de primera instancia los considera eficaces y ejecutivos.

4.La sentencia del juzgado fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia estima en parte el recurso.

4.1.En primer lugar, la sentencia de apelación considera que la parte inicial del art. 43.2 de los estatutos de Sacyr confieren un derecho subjetivo al consejero ejecutivo cesado a obtener una indemnización, sin perjuicio de que el precepto regule también los pasos que la sociedad tiene que realizar para adoptar la decisión sobre la indemnización que, una vez emitida, puede o no ser aceptada por el consejero cesado:

«(...) el derecho nace del solo hecho de que un consejero haya sido objeto de cese, y la circunstancia de que la propia norma regule el mecanismo a través del cual la sociedad ha de conformar su decisión sobre reconocimiento o denegación de la indemnización no convierte a esa decisión o acuerdo en fuente originaria del derecho: el derecho existirá o no en función de que, concurriendo la hipótesis básica (cese del consejero), pueda o no sostenerse con fundamento que medió "incumplimiento" por parte del cesado, pero el nacimiento del crédito no se encuentra supeditado a que la junta general, previas las propuestas correspondientes, decida reconocerlo. Además, dentro de la clasificación de hechos que emana de los apartados 2 y 3 del Art. 217 de la L.E.C. (hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y enervatorios) el cese del consejero se configura en dicha previsión estatutaria como el hecho ordinariamente constitutivo del derecho a obtener una indemnización, mientras que el incumplimiento imputable de ese consejero adopta la naturaleza de un hecho impeditivo del nacimiento de tal derecho, hecho que, por ello mismo, ha de ser acreditado por la sociedad a quien, en principio, incumbiría la obligación de satisfacer la indemnización contemplada por la norma».

Y expresamente argumenta que el demandante estaba legitimado para ejercitar esta acción de reclamación, aunque no hubiera impugnado los acuerdos del consejo y de la junta general.

4.2.Luego la Audiencia analiza el art. 43.2 de los estatutos que reconoce el derecho a la indemnización «para el caso de cese no debido al incumplimiento imputable al consejero». En concreto examina si hubo incumplimiento en la gestión encomendada al Sr. Roberto para lograr la refinanciación de la deuda financiera (de más de 5 mil millones de euros) que vencía el 21 de diciembre de 2011.

Examina los reproches de Sacyr a la actuación de Roberto y los sintetiza y clasifica «en cuatro modalidades: decisiones estratégicas desacertadas; falta de asesoramiento externo; falta de suministro de información a los demás consejeros y conducta obstructiva hacia las peticiones o iniciativas de algunos de estos».

La Audiencia, al interpretar la dicción de ese art. 43.2 de los estatutos, razona lo siguiente:

«(...) el descontento por el incumplimiento del consejero ha de ser un descontento cualificado, o lo que es igual, un descontento generado por haber incurrido el cesado en transgresión de alguno de los deberes que le incumben en tanto que consejero: los deberes de diligencia y/o de lealtad que regulan los Arts. 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

»SACYR reprocha al Sr. Roberto haber mantenido en relación con el cometido más arriba especificado una línea estratégica a lo largo del año 2011 caracterizada por priorizar la opción de la refinanciación total del préstamo que le efectuó el sindicato bancario frente a la alternativa, mantenida por varios miembros del consejo de administración, de refinanciar solamente una parte y atender a la amortización del resto del préstamo mediante la desinversión de una porción significativa del 20 % del capital de REPSOL que la sociedad detentaba. Ahora bien, aun cuando las apreciaciones de SACYR a este respecto fueran acertadas desde el punto de vista de quien desea resolver el problema de la deuda con la máxima seguridad y prudencia y con cierta aversión al riesgo, resultarían esas mismas apreciaciones inservibles para juzgar del grado de diligencia con el que pueda contar una estrategia (refinanciación total) que, sin aspirar a ese grado extremo de certeza y de seguridad, se haya movido dentro del terreno de la asunción de ciertos márgenes incertidumbre que es característica propia y sustancial de toda actividad empresarial. Lógicamente, siempre quedará un terreno para el debate sobre los límites en que esos riesgos resultan asumibles por un empresario y para trazar la línea divisoria entre la decisión que comporta un riesgo controlado y la decisión descabellada que, por su grado de osadía o audacia, ingresa más bien en el terreno de la temeridad. La cuestión estriba, por lo tanto, en determinar en qué momento el grado de riesgo asumido es tan elevado en relación con la probabilidad de que acaezcan



hechos adversos que quepa incardinar la estrategia seguida en el terreno de la negligencia profesional por el carácter azaroso, irreflexivo y manifiestamente expuesto que aquella pueda revestir.

»No otra cosa postula el principio de la "*Business Judgment Rule*" que, aunque positivizado en nuestra legislación con posterioridad al conflicto que nos ocupa (se introdujo por Ley 31/2014, de 3 de diciembre en el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital), gozaba ya en el pasado de raigambre jurisprudencial (...).

A continuación, analiza los requisitos contenidos en esta regla legal (buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento de decisión adecuado) respecto de la conducta desarrollada por el consejero ejecutivo cesado, en relación con la refinanciación de la deuda financiera, y concluye que sí se cumplían. Y, además, razona lo siguiente:

«(...) por más que resulte lícito disentir de la estrategia empresarial seguida por el Sr. Roberto, nada hay en autos que nos permita deducir, con razonable seguridad y con un criterio adoptado "ex ante", que sus decisiones sobre la refinanciación de la deuda incurrieran en el terreno de la temeridad, y mucho menos de la temeridad patente o incontestable, que es lo que se precisaría para poder considerar infringido por su parte del deber de diligencia que le era legalmente exigible teniendo en cuenta el principio de discrecionalidad de las decisiones empresariales (*Business Judgment Rule*). En realidad, entendemos que el error que late en la línea defensiva articulada por SACYR parte de la apreciación que indirectamente se encuentra en el origen de su acuerdo denegatorio, apreciación que llevara a cabo en su día la Comisión de Nombramientos y Retribuciones cuando en el informe emitido al respecto dijo que el Sr. Roberto "...no cumplió con el principal objetivo que el consejo le tenía encomendado (**la refinanciación del crédito de adquisición de acciones de Repsol-YPF**)..." (énfasis añadido). Es decir, dictaminando bajo el presupuesto implícito, que consideramos jurídicamente desacertado, de que la obligación de diligente gestión impuesta a los administradores por el Art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital no es una obligación de medios sino una obligación de resultado.

»Así pues, encontrándonos ante la hipótesis de un consejero ejecutivo que es cesado por el consejo de administración de su cargo ejecutivo, y, no habiendo acreditado SACYR el hecho impeditivo consistente en el "incumplimiento" de sus obligaciones por parte del consejero ejecutivo cesado, hecho cuya prueba le incumbía por aplicación del Art. 217-3 de la L.E.C., ha de considerarse, en aplicación del Art. 43-2 de los estatutos, efectivamente nacido en favor de dicho consejero el derecho a obtener la indemnización que el referido precepto estatutario contempla».

4.3. En relación con la cuantificación de la indemnización, después de advertir lagunas e inexactitudes por parte del demandante que podrían dar lugar al fracaso de su pretensión indemnizatoria, acaba reconociendo una indemnización de 3.500.000 euros, a la vista de lo alegado por Sacyr en el procedimiento:

«No obstante, hemos de tener presente que en la página 84 de su escrito de contestación a la demanda SACYR expresó claramente que, en el caso -finalmente acontecido de acuerdo con lo razonado en los precedentes numerales- de que el tribunal no estimase concurrente la causa por ella invocada para la denegación de la indemnización (el incumplimiento imputable al consejero), entonces consideraba que la indemnización no debería rebasar la cuantía representada por 1 año y 3 meses de retribución.

»Ese y no otro será, por ello, el sistema de cuantificación por el que optaremos, y no tanto porque este tribunal haya alcanzado la conclusión de que tal sistema es el que conduce a la indemnización justa como porque, en ausencia de pruebas concluyentes en torno a cuál haya de ser esa indemnización justa, pruebas que el actor no ha logrado suministrar, se trata del único que la demandada SACYR admite, y ello aunque lo sea con el expresado carácter subsidiario.

»Pues bien, en su demanda el Sr. Roberto afirmó que la retribución que venía percibiendo en los años precedentes era la de 2.800.000 €. Por su parte, la demandada SAYR, que aceptó subsidiariamente una indemnización de 1 año y tres meses de retribución, no cuestionó en momento alguno este dato a la hora de cuantificar la indemnización, por lo que hemos de considerar que se trata de una cuestión pacífica. En modo alguno podríamos interpretar que existe una oposición a dicha cantidad por el hecho de haber fijado ella misma para el año 2011 una retribución de 1.700.502,29 € porque esa es la suma que ella propone como retribución para solamente una parte de dicho ejercicio (téngase en cuenta que el demandante no disfrutó de su cargo ejecutivo durante todo él), y además lo hace en sede de otro debate distinto, a saber, el tema de las retribuciones pendientes que abordaremos en el siguiente ordinal: a la hora de cuantificar la indemnización, solo hizo referencia a su relativo beneplácito hacia la proporción adecuada (1 año y tres meses), pero ello sin cuestionar en momento alguno la afirmación del actor según la cual su retribución anual había venido siendo en el pasado la de 2.800.000 €. Cualquier duda que pudiera plantearse al respecto nunca podría beneficiar a SACYR porque se debería a la falta de asunción por su parte de la carga procesal impuesta a todo demandado por el Art. 405-2 de la L.E.C.



»De acuerdo con todo ello, la indemnización procedente asciende, redondeando al alza las centésimas, a la suma de 3.500.000 €».

4.4. Respecto de las retribuciones pendientes, tan sólo reconoce al demandante la suma de 66.703,87 euros, de la parte fija por los días trabajados entre el 1 y el 20 del mes de octubre de 2011, sobre la base del siguiente razonamiento:

«No resultando controvertido que la relación del actor con la demandada no fue de naturaleza laboral, los conceptos incluidos en las denominadas "nóminas" aportadas por el Sr. Roberto como Documento 16 de su demanda no nos sirven para dar a los emolumentos que reflejan el tratamiento jurídico propio del salario, pero al menos poseen la virtud de informarnos acerca de las cantidades que se le vinieron retribuyendo a lo largo del ejercicio 2011.

»De acuerdo con ello, y aun cuando ninguna de las partes ha explicado al tribunal con el deseable grado de claridad los verdaderos términos de la controversia existente en relación con la retribución pese a la considerable extensión de sus escritos, nos encontramos con lo siguiente:

»1.- Estando acreditado que el actor vino percibiendo mensualmente y de manera ordinaria unos ingresos brutos de 100.055,81 €, no vemos la razón por la que no hubiera de prorratearse esa suma para abonarle la cantidad de 66.703,87 € de retribución fija por los días trabajados entre el 1 y el 20 del mes de octubre de 2011.

»2.- Aun cuando en la "nómina" de junio se le abonó la suma adicional de 100.000 € en concepto de "PAGA EXTRA JUNIO", el concepto de paga extraordinaria no figura en los estatutos, con lo que huelga indicar que tampoco se contempla en ellos que el número de pagas de dicho carácter hubiera de ser superior a la unidad. Es decir, no encontramos fundamento estatutario al alegato del actor con arreglo al cual durante el segundo semestre de 2011 se devengaría una segunda paga extraordinaria del mismo importe. Insistimos en que no nos encontramos en el ámbito de la legislación laboral, debiendo constreñirse nuestro examen a la previsión estatutaria. No vemos, pues, justificada la suma de 61.110,50 € que se reclama por este concepto.

»3.- Consta que en la denominada "nómina" de julio de 2011 el actor percibió 700.000 € como retribución variable (folio 285). El actor sostiene que en el segundo semestre de 2011 se habrían devengado por este concepto otros 700.000 €, y de ahí que reclame la cantidad de 427.777,78 € como parte proporcional de esos 700.000 € por el periodo trabajado de ese segundo semestre hasta el 20 de octubre de 2011. Pues bien, no compartimos ese punto de vista. De acuerdo con la previsión estatutaria contenida en el Art. 43-2 anteriormente transcrito, la parte variable debe fijarse de manera "...correlacionada con algún indicador de los rendimientos del consejero o de la empresa". En la opinión de SACYR, el resultado de correlacionar el "indicador de los rendimientos del consejero" con el "indicador de los rendimientos de la empresa" asciende a 700.000 € para toda la anualidad de 2011 y no para uno solo de sus dos semestres. No dudamos de que, eventualmente, una adecuada pericia económica hubiera podido llevar a este tribunal a la convicción de que el resultado de correlacionar el "indicador de los rendimientos del consejero" con el "indicador de los rendimientos de la empresa" ascendería al doble, es decir, a 1.400.000 €, tal y como nos propone el Sr. Roberto. Sin embargo, dicho demandante, que es a quien incumbía la carga de hacerlo, no ha considerado oportuno suministrar esa clase de prueba: ha pretendido sustituir la obligada prueba técnica al respecto por unas vagas reflexiones referentes, ora a la adecuación de los resultados del ejercicio con las previsiones de la empresa, ora al respaldo unánime del consejo hacia sus decisiones, ora, en definitiva, a la atribución de las pérdidas extraordinarias sufridas a decisiones que no contaron con su beneplácito (venta del 10 % de las acciones de REPSOL). Reflexiones que, aunque fueran compartidas por este tribunal, resultarían manifiestamente insuficientes para conducirlo a la conclusión de que la parte variable de la retribución del año 2011 debería ser no de 700.000 € sino de 1.400.000 €, y ello porque fuera este segundo y no el primero el resultado de correlacionar el "indicador de los rendimientos del consejero" con el "indicador de los rendimientos de la empresa".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida por ambas partes. Sacyr formula un recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cinco motivos, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación, articulado en seis motivos, que ha sido admitido. Por su parte, el Sr. Roberto formula un recurso de casación, articulado en dos motivos, que también ha sido admitido.

SEGUNDO. *Motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación de Sacyr*

1. *Formulación de los motivos primero, segundo y tercero.* Estos tres motivos serán analizados conjuntamente porque están entrelazados.

El *motivo primero* denuncia la «infracción de los arts. 1089, 1254, 1257, 1261 y 1278 del CC, en relación con el art. 23 de la LSC, así como de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, toda vez que, en contra de lo manifestado por la Sentencia recurrida, los estatutos de una sociedad mercantil no son fuente de derechos y obligaciones subjetivas, y, en concreto, no atribuyen derechos a terceros (no accionistas, o accionistas pero



en atención a una relación o circunstancia diferente de la condición de accionista) sino que habilitan a los órganos sociales para llevar a cabo determinadas actuaciones».

El *motivo segundo* denuncia la «infracción del art. 38 de la Constitución Española, en relación con los arts. 28, 160, 205, y 217.2 de la LSC y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, puesto que la Sentencia vulnera la libertad de empresa reconocida en la constitución, la autonomía de la voluntad de las sociedades mercantiles, las facultades de la Junta General, la caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta y del Consejo, y el régimen de retribución de los administradores que, en todo caso, debe ser fijado por acuerdo de la Junta General».

El *motivo tercero* se basa en la «infracción de los arts. 9.3 de la CE, 159.2, 251 y 204 al 208 de la LSC, y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, toda vez que la Sentencia recurrida está dejando sin efecto determinados acuerdos de la Junta y del Consejo de SACYR que han sido adoptados correctamente, y no han sido impugnados dentro del plazo de caducidad establecido legalmente para ello».

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar los tres motivos por las razones que exponemos a continuación.

El crédito que reclama el Sr. Roberto frente a Sacyr, tanto la indemnización derivada de su cese como consejero ejecutivo como las retribuciones variables, se reclama en cuanto parte de la retribución que le correspondía como administrador de la sociedad y, en concreto, como consejero ejecutivo.

El artículo 217 Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), en la redacción aplicable al caso, que es la anterior a la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, preveía con carácter general que el cargo de administrador era gratuito, salvo que los estatutos establecieran lo contrario, determinando en ese caso el sistema de retribución.

En consonancia con lo anterior, el apartado primero del artículo 43 de los estatutos de Sacyr, además de establecer el carácter retribuido de los miembros del consejo de administración, establecía también el sistema de retribución:

«1.- Los consejeros, en su condición de miembros del Consejo de Administración, tendrán derecho a percibir una retribución de la Sociedad que consistirá en una cantidad anual fija y en una prestación asistencial (seguro, fondos de pensiones, etc.). El importe conjunto de las retribuciones anteriores será fijado por la Junta General. Dicho importe, que no podrá exceder del 2,5% del resultado neto del ejercicio atribuido a la Sociedad en las cuentas anuales consolidadas del Grupo, se mantendrá entre tanto no sea modificado por un nuevo acuerdo de la Junta General. La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro de aquel límite y su distribución entre los distintos consejeros por razón de su cargo en él y en sus distintas Comisiones corresponde al Consejo de Administración, el cual podrá distinguir, en el marco de dicha distribución, los importes que corresponde a remuneración por asistencia del resto de conceptos retributivos. Si el 2,5% del beneficio de un ejercicio resultase inferior al importe efectivamente abonado, o si en un ejercicio no hubiera beneficios, los consejeros estarán obligados a la restitución del 100% de lo efectivamente abonado por conceptos diferentes a remuneraciones por asistencia».

El apartado 2 preveía una retribución adicional para los consejeros con funciones ejecutivas:

«2.- Además, los consejeros que cumplan funciones ejecutivas dentro de la sociedad tendrán derecho a percibir, por este concepto, una retribución compuesta por: (a) una parte fija, adecuada a los servicios y responsabilidades asumidos; (b) una parte variable, correlacionada con algún indicador de los rendimientos del consejero o de la empresa; (c) una parte asistencial, que contemplará los sistemas de previsión y seguro oportunos y (d) una indemnización para el caso de cese no debido a incumplimiento imputable al consejero».

Y en los párrafos siguientes establecía el sistema de determinación de esta retribución:

«La determinación del importe de las partidas retributivas que integran la parte fija, de las modalidades de configuración y de los indicadores de cálculo de la parte variable (que en ningún caso podrá consistir en una participación en los beneficios de la sociedad) y de las previsiones asistenciales y de la indemnización por cese corresponde al Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones. Los consejeros afectados se abstendrán de asistir y participar en la deliberación correspondiente. El Consejo cuidará que las retribuciones se orienten por las condiciones del mercado y tomen en consideración la responsabilidad y grado de compromiso que entraña el papel que está llamado a desempeñar cada consejero.

»Las retribuciones establecidas de acuerdo con lo previsto en este apartado deberán ser sometidas en cada ejercicio a la ratificación de la Junta General».

3. Aunque la indemnización por cese del administrador no se mencionaba expresamente en la regulación originaria del artículo 217 LSC, la jurisprudencia de esta sala consideraba que podía formar parte de la



retribución, siempre que constara en los estatutos (entre otras, sentencias 25/2012, de 10 de febrero, y 411/2013, de 25 de junio). La reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se ha hecho eco de esta jurisprudencia, al mencionar en su apartado 2 algunos de los conceptos retributivos, expresamente alude en la letra f) a las «indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador».

De este modo, bajo la legislación vigente al tiempo en que surgió la indemnización que se solicitaba por el Sr. Roberto, formaría parte del sistema retributivo. Su mención en el art. 43 de los estatutos de la sociedad responde a la exigencia legal, prevista en el art. 217 LSC, de que los estatutos previeran el sistema de retribución.

4. El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción originaria (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), que es la aplicable al caso, regulaba en su art. 23 los estatutos de la sociedad. Entre su contenido, la letra e), además de hacer referencia, en las sociedades anónimas, a «la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad», en el párrafo siguiente añade:

«Se expresará, además, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren (...)».

Los estatutos, sin perjuicio de que cumplan una función esencial de regular la organización y el funcionamiento de la sociedad, forman parte de su escritura de constitución, que recoge el contrato de sociedad (art. 22.1.d) LSC). La doctrina entiende que los estatutos constituyen un «contrato de organización», para poner de relieve tanto el origen contractual de las cláusulas estatutarias como «su papel primordial en la configuración del ordenamiento de la sociedad». Y, en la misma línea, en la sentencia 542/1995, de 31 de mayo, afirmamos que «su estructura -la de los estatutos- de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y sus integrantes».

En lo que respecta a la retribución, la ley ha dejado un margen amplio a los socios para la concreción en los estatutos de la retribución de los administradores. De tal forma que el derecho a la retribución del administrador, en este caso, se ampara en una previsión estatutaria en la que, en cumplimiento de lo previsto en la ley, los socios han convenido no sólo el carácter retribuido del cargo, sino también los diferentes conceptos, así como el sistema de determinación. De tal manera que el derecho surge cuando se cumplen los presupuestos previstos en los estatutos. En este caso y por lo que se refiere a la indemnización por cese de un consejero con funciones ejecutivas: que quien reclama tuviera esa condición de consejero con funciones ejecutivas y que hubiera sido cesado; y que ese cese no hubiera sido debido «a incumplimiento imputable al consejero».

Al margen de la controversia que hubiera podido surgir sobre el cumplimiento de estos presupuestos, y en concreto el relativo a que el cese no fuera debido «a incumplimiento imputable al consejero», el derecho a esta retribución se apoya en esta previsión estatutaria.

La regulación contenida en el propio art. 43.2 de los estatutos del sistema de determinación de la remuneración, que en síntesis encomienda su determinación al consejo de administración, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, y la posterior ratificación de la junta general, no supone supeditar el nacimiento del derecho a su reconocimiento por los órganos sociales, como si dependiera de la voluntad de estos el nacimiento del derecho. El derecho tiene un amparo en la previsión legal y estatutaria, siempre que se cumplan los presupuestos antes indicados, y la intervención del consejo de administración y la junta general son el cauce por el cual se conforma la voluntad de la sociedad frente a esta reclamación. Y es precisamente la voluntad renuente de la sociedad al reconocimiento del derecho reclamado lo que justifica la tutela judicial pretendida al reclamar frente a la sociedad la retribución que considera adecuada.

5. Bajo este entendimiento, el reconocimiento que en parte hace la sentencia ahora recurrida, de la reclamación de quien fuera presidente de Sacyr con funciones ejecutivas de la indemnización que le correspondía por su cese y de la retribución variable pendiente de pago, no vulnera, como se afirma en el motivo segundo, «la libertad de empresa reconocida en la constitución, la autonomía de la voluntad de las sociedades mercantiles, las facultades de la Junta General (...)». Fueron los socios quienes, en el contrato de sociedad, del que forman parte los estatutos, dentro del marco legal (art. 217 LSC aplicable al caso), establecieron el derecho del consejero con funciones ejecutivas a una indemnización en caso de cese, siempre que no se cumpliera la condición negativa de que el cese fuera debido a un incumplimiento imputable al consejero. La decisión judicial de que se cumplen estos presupuestos legales no sólo no altera la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad de la sociedad mercantil, pues se resuelve en el marco de lo que los socios han previsto en los estatutos, sino que tampoco supone suplantarse las funciones de la junta general.



Correspondía a la junta general ratificar la decisión del consejo de administración sobre la determinación de la retribución del administrador. El derecho no nace ni con el acuerdo del consejo ni con la posterior ratificación de la junta, sin perjuicio de que antes de reclamar judicialmente hubiera que esperar, cuando menos, a la decisión del consejo.

Aunque tanto el acuerdo del consejo, como la posterior ratificación mediante un acuerdo de la junta general, podían haber sido objeto de impugnación por el cauce correspondiente; esa impugnación del acuerdo ni era la única vía que tenía el consejero cesado para reclamar su derecho frente a la decisión del consejo que se lo denegaba, ni tampoco constituía un presupuesto previo necesario para ejercitar la reclamación judicial.

Es por ello que resulta irrelevante, para que pudiera prosperar la acción judicial ejercitada por el consejero ejecutivo cesado, que conocida la decisión del consejo que le denegaba la indemnización y las retribuciones variables reclamadas, no se hubiera impugnado ese acuerdo del consejo, ni esperado a impugnar el acuerdo de la junta general que lo ratificara. Consiguientemente es también irrelevante que haya transcurrido el plazo legal para impugnar esos acuerdos.

TERCERO. *Motivo cuarto del recurso de casación de Sacyr*

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la «infracción del art. 7.2 del CC y la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho, al interponer la presente demanda el Sr. Roberto justo dos días antes de la celebración de la Junta de SACYR que iba a ratificar sus retribuciones durante el ejercicio 2011, en manifiesto abuso de derecho».

2. Resolución del tribunal. Con independencia de que se trate de una cuestión nueva, no alegada en la instancia, procede desestimar el motivo porque el ejercicio de la acción judicial de reclamación de la retribución, una vez conocida la decisión del consejo de administración que se la denegaba, sin esperar el previsible acuerdo de ratificación de la junta general, no supone un ejercicio abusivo del derecho. La sala no acierta a comprender en qué medida podría considerarse abusivo el ejercicio de un derecho de retribución ante los tribunales, frente a una denegación de ese derecho por el consejo, órgano competente para tomar la decisión, sin perjuicio de que fuera precisa la ratificación de la junta. No concurre en el ejercicio de este derecho ninguna circunstancia que hubiera tenido que llevar al tribunal de apelación a rechazar de oficio la reclamación judicial por abuso de derecho. Y desde luego, no esperar a que la junta general ratificara el acuerdo del consejo no lo es.

CUARTO. *Motivos quinto y sexto del recurso de casación de Sacyr*

1. *Formulación de los motivos quinto y sexto.* Estos dos motivos serán analizados conjuntamente porque están entrelazados.

El *motivo quinto* denuncia la «infracción de los arts. 93 de la CE y 2.3 del CC y de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, toda vez que la Sentencia aplica, con carácter retroactivo, el vigente art. 226 de la LSC a unos hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor, el 25 de diciembre de 2014, de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que introdujo en la LSC el mencionado art. 226 en la LSC».

El *motivo sexto* denuncia la «infracción de los arts. 225 y 226 de la entonces vigente LSC, así como de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, y, en particular, de la doctrina de este alto Tribunal relativa a la denominada *Business Judgment Rule*, toda vez que la Sentencia ha utilizado dicha doctrina para poner límites a la autonomía del Consejo y de la Junta a la hora de determinar la retribución de los administradores, cuando, en realidad, dicha doctrina sólo permite a los Tribunales valorar el estándar mínimo de diligencia de un administrador en los supuestos en los que la sociedad reclame responsabilidad social al administrador».

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

La invocación que la sentencia recurrida hace a la denominada regla de discrecionalidad empresarial, también conocida por su denominación anglosajona (*Business Judgment Rule*), se hace para tomar los parámetros empleados en la actualidad por el art. 226 LSC para juzgar la diligencia de los administradores en la toma de decisiones estratégicas y de negocio, para analizar en qué medida pudo existir un incumplimiento imputable al consejero ejecutivo cesado en la negociación de la refinanciación del «crédito Repsol» (el solicitado para la adquisición de las acciones de Repsol, que vencía a final de año).

Dos son las objeciones que plantean estos motivos de casación: la primera, que se ha aplicado una regla legal que no estaba vigente cuando sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento; la segunda, que se ha aplicado para juzgar una cuestión distinta de la acción de responsabilidad de los administradores, que es para lo que está prevista.



Respecto de la primera objeción, en otras ocasiones nos hemos pronunciado en el sentido de que la regla de protección de la discrecionalidad empresarial venía siendo tenida en cuenta por la Sala antes de que fuera introducida en el art. 226 LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Así lo exponíamos en la sentencia 443/2023, de 31 de marzo:

«Respecto al tema de la discrecionalidad empresarial, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial no tuvo reflejo positivo hasta la nueva redacción del art. 226 LSC, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ya había sido tenida en cuenta por los tribunales españoles (verbigracia, sentencias de esta sala 377/2007, de 29 de marzo; 569/2010, de 6 de octubre; 991/2011, de 17 de enero de 2012; o 732/2014, de 26 de diciembre), en el sentido de evitar que, al enjuiciar la impugnación de acuerdos sociales de la junta general o la existencia de responsabilidad por negligencia de los administradores de sociedades, sus decisiones de carácter empresarial terminen por ser sustituidas por las de los jueces. En suma, en lo que ahora se enjuicia, se trata de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de éste las decisiones genuinamente empresariales.

»Se parte de la base de que la gestión empresarial comporta por sí misma un nivel de riesgo, que deriva de la incertidumbre, imposible de eliminar, acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas. Por lo que no debe hacerse responsables a los administradores sociales de las consecuencias lesivas producidas cuando se han mantenido dentro de dicho ámbito de la gestión de la sociedad, aunque las decisiones adoptadas se hayan revelado posteriormente como equivocadas, sin que se deba incurrir en un sesgo retrospectivo».

Por lo que no puede prosperar la objeción contenida en el motivo quinto. El tribunal no aplica una prescripción legal con carácter retroactivo, inexistente al tiempo en que se realizaron los hechos objeto de enjuiciamiento, sino que acude a «tópicos» imperantes en el enjuiciamiento de conflictos societarios (referido a la tópica jurídica, como repertorio o depósito de puntos de vista o aproximaciones) para orientar la resolución del caso. En este caso, se trata de tópicos que permiten analizar si ha existido un incumplimiento imputable al administrador ejecutivo que justificara su cese, y con ello que no tenga derecho a una indemnización por cese.

En cualquier caso, y al margen del estándar de diligencia que se aplique, se advierte que la Audiencia no identifica acto negligente alguno en la conducta del Sr. Roberto .

3.La segunda objeción, contenida en el motivo sexto, también debe ser desestimada, a partir de lo que acabamos de indicar. La Audiencia ha entendido que para juzgar si existió un incumplimiento imputable al Sr. Roberto del encargo asumido de negociar la refinanciación del crédito Repsol, en la medida en que la forma de abordarlo no deja de tener un carácter estratégico y discrecional, podía ser razonable acudir a los mismos parámetros empleados para juzgar sobre la discrecionalidad empresarial. El que ordinariamente el incumplimiento de los deberes de diligencia en la toma de decisiones estratégicas y de negocio tenga su reflejo en las acciones de responsabilidad (arts. 236 y ss. LSC), no excluye que puedan tener también otras consecuencias, como es en este caso el cese como consejero ejecutivo sin derecho a indemnización. Así, esa regla de discrecionalidad empresarial ha sido empleada por la sala fuera del marco de la exigencia de responsabilidad a los administradores. En la sentencia 991/2011, de 17 de enero de 2012, a la hora de valorar si determinado acuerdo social era lesivo para la sociedad por haberse adoptado en beneficio del accionista mayoritario, indicamos que «[c]orresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales».

Emplear en este caso los parámetros aportados por esta regla de la *business judgment rule* no constituye una infracción como se pretende en el motivo sexto de los arts. 226 y 227 LSC; se ha acudido a ellos, como un «tópico» o punto de aproximación y análisis de la controversia que suscita la interpretación y aplicación de la condición negativa del primer inciso del art. 43.2 de los Estatutos de Sacyr, que excluyen del derecho a la indemnización por cese del consejero ejecutivo cuando sea debido a un «incumplimiento imputable al consejero».

QUINTO. Motivo primero del recurso de casación de Roberto

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia «la infracción del art. 217 LSC, texto refundido por RDL 1/2010 de 2 de julio en relación con el art. 43.2 de los Estatutos de la sociedad demandada, SACYR VALLEHERMOSO, S.A.». Y se resume por el propio recurrente del siguiente modo:

«Con relación a la pretensión de que se condene a la entidad demandada a pagar al actor como concepto retributivo una indemnización de 8.400.000 euros por su cese el 20 de octubre de 2011 como Presidente ejecutivo de la sociedad, no justificado por incumplimientos imputables de sus funciones (con más los intereses legales), la Sentencia recurrida, reconociéndole el derecho al cobro de una indemnización por cese, estima parcialmente la pretensión, por la exclusiva razón de aceptar la demandada en su contestación una



porción de la cuantía total reclamada; y la desestima en lo restante al entender, en virtud de razonamientos jurídicos erróneos, inaplicables las "condiciones de mercado" descritas en la demanda, cuya observancia en la cuantificación de la indemnización debida impone el art. 43.2 de los Estatutos sociales, de aplicación exigida por el art. 217 LSC en cuanto dispone la reserva legal estatutaria en materia de retribuciones de los administradores sociales. De este modo la norma citada que establece la reserva estatutaria en materia de remuneraciones resulta infringida dado que la Sentencia no aplica la norma estatutaria de Sacyr que ordena calcular la remuneración indemnizatoria por "las condiciones de mercado". Inaplicación derivada de apreciar en la demanda lagunas e inexactitudes que realmente son valoraciones jurídicas equivocadas de la Sentencia».

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. En primer lugar, hemos de partir de que no es función de esta sala, como tribunal de casación, revisar la cuantía de la indemnización fijada en la instancia, salvo en los casos excepcionales recogidos en nuestra propia jurisprudencia, como hemos recordado en otras ocasiones (sentencia 913/2021, de 23 de diciembre):

«5.1. Sobre la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización concedida por la Audiencia, la regla general conforme a reiterada jurisprudencia de esta sala es que esa revisión solo cabe (i) cuando se pretende respecto de las bases en las que se asienta, o (ii) cuando existe arbitrariedad o una irrazonable desproporción. Responde esta limitación a la propia naturaleza y objeto del recurso de casación, ceñido a examinar la corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva, y donde no se permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia (sentencias de 9 de enero de 2013 y 568/2013, de 30 de septiembre)».

Aunque el motivo se articula formalmente sobre la base de cinco alegadas «valoraciones jurídicas erróneas» en que habría incurrido la Audiencia Provincial, en realidad se está cuestionado la valoración de la prueba realizada en la instancia. La sentencia recurrida concluye de forma razonada que el recurrente no acreditó cuál era, en el momento del cese del Sr. Roberto, la cuantía de la indemnización comparable tomando como parámetro las condiciones del mercado (tal y como establecía el art. 43 de los Estatutos).

3. La Audiencia, al valorar la prueba documental aportada por el demandante para justificar su pretensión indemnizatoria, declara:

«ningún interés reviste este tipo de información cuando se trata de datos proporcionados por medios de comunicación referentes a hechos muy posteriores a la época del conflicto objeto de este litigio, medios que, por lo demás, no informan ni de los pactos particulares que pudieran mantener los beneficiarios sobre sus indemnizaciones ni de los contenidos estatutarios de las empresas que las concedieron en el momento en que las concedieron».

Adicionalmente, la sentencia recurrida constata que las objeciones opuestas por la entidad demandada sobre la información suministrada por el actor con relación a las sociedades comparables no fueron despejadas por el recurrente:

«1.- Entre esas inexactitudes no aclaradas encontramos la referencia a FERROVIAL, donde al actor dice que se prevé una indemnización de 3,5 anualidades (42 meses) que no parece corresponderse con la previsión legal del Art. 56 del Estatuto de los Trabajadores al que se remite (24 meses); en ACCIONA el actor atribuye una indemnización de 3,5 anualidades o 42 meses, pero ello sin estar absolutamente claro si la "legislación laboral" (a la que se remite) es el Art. 56 del Estatuto de los Trabajadores o el Art. 11 del Real Decreto 1382/85 de 1 de agosto.

»2.- En varios de los supuestos mencionados por el demandante (ACS, INDRA, IBERDROLA, ENDESA), el número de anualidades de indemnización se contempla solo con el carácter de límite máximo, sin que se hayan justificado las razones por las que, a la hora de establecer una analogía entre las empresas contempladas y SACYR, debiera optarse en este caso por ese límite máximo y no, en cambio, por una magnitud media o mínima.

»3.- La circunstancia de que las mercantiles elegidas por el demandante para establecer su sistema de cálculo (FCC, FERROVIAL, ACS, ACCIONA, INDRA, INDITEX, IBERDROLA y ENDESA) sean en todos los casos empresas socialmente relevantes, conocidas y pertenecientes al IBEX, supone una primera aproximación al problema, pero, en tanto que circunstancia aglutinante, resulta manifiestamente insuficiente para juzgar su "comparabilidad" en tanto en cuanto no nos permite conocer ni la envergadura relativa de unas y otras ni, en particular, la situación económica de la ahora demandada en octubre de 2011 en que se produjo el cese del actor (Art. 217-4 L.S.C.) en comparación con la situación atravesada en la misma época por las entidades que se toman como elemento de comparación. Se trata, en nuestra opinión, de una materia para cuyo esclarecimiento resultaban exigibles conocimientos especializados, por cuyo motivo el Sr. Roberto, que es a quien incumbía la carga de hacerlo en este caso, debiera haber proporcionado la oportuna pericia a cargo de experto competente, preferentemente del área económica».



4.A diferencia de lo que señala el recurso, la sentencia de la Audiencia no aprecia *mutatio libelli* alguna en el escrito de interposición del recurso de apelación, sino que alude a una modificación de los ejemplos comparables de sociedades cotizadas por parte del demandante, en ese momento procesal, como un indicio más de la inconsistencia de la metodología empleada por el Sr. Roberto para intentar justificar su cuantificación de la indemnización por cese en condiciones de mercado. Esto permite descartar la que el motivo califica de «primera valoración jurídica errónea».

Tampoco incurre la Audiencia en una segunda valoración jurídica errónea al afirmar que la pertenencia al IBEX35 de las sociedades seleccionadas por el demandante no las convertía necesariamente en elementos válidos de comparación, dado que hubiera sido preciso acreditar la envergadura relativa de unas y otras y, en particular, su situación financiera en octubre de 2011 (fecha de cese del actor), lo que no se hizo. Se trata nuevamente, como se aprecia con facilidad, de una cuestión probatoria. El recurso de casación no permite la modificación del *factum* declarado probado en la instancia, lo que impide acoger el planteamiento del recurrente.

Finalmente, y por lo que se refiere a los denominados por el recurso de casación como «errores en la valoración jurídica» 3º, 4º y 5º, se trata en todos los casos de discrepancias sobre la valoración de determinados documentos aportados por el demandante y de la disconformidad del recurrente con que la Audiencia apreciara un déficit probatorio con relación a la indemnización efectivamente percibida con motivo del cese por otros consejeros ejecutivos en sociedades comparables.

En definitiva, la sentencia recurrida ante la falta de fiabilidad de la prueba documental aportada (consistente básicamente en noticias recogidas por medios de comunicación), el desconocimiento del contenido exacto de los estatutos de las sociedades comparadas, la inexistencia de coincidencia temporal de los ejemplos seleccionados y el cese del Sr. Roberto, así como por la posible existencia de pactos particulares que pudieran mantener los beneficiarios sobre las indemnizaciones utilizadas como término de comparación, concluye razonablemente que el actor no ha acreditado, ni siquiera de forma aproximada, la indemnización ajustada al mercado comparable, a la situación financiera de la compañía y al momento temporal relevante que le correspondería. Cuestiones que, como ya se ha indicado, no pueden ser analizadas en el seno del recurso de casación.

No existe, por tanto, infracción alguna de los arts. 217 LSC y 43.2 de los estatutos de la sociedad demandada, sino una ausencia de prueba de las «condiciones de mercado» sobre las que calcular la indemnización adecuada conforme a lo previsto en los estatutos sociales.

SEXTO. Motivo segundo del recurso de casación de Roberto

1. Formulación del motivo. El motivo, «con relación (...) a la pretensión de pago de la retribución variable adeudada por la demandada al actor en la parte proporcional devengada durante los tres meses y veinte días transcurridos del segundo semestre de 2011, se denuncia (...) la infracción del art. 217 LSC texto refundido aprobado por RDL 1/2010 de 2 de julio en relación con el art. 43.2 de los Estatutos de Sacyr Vallehermoso, S.A.». Y se resume por el propio recurrente del siguiente modo:

«La Sentencia recurrida reconoce que el art. 43.2 de los Estatutos incluye como concepto de la retribución del actor como Presidente ejecutivo de Sacyr una retribución variable correlacionada con algún indicador de los rendimientos del Consejo o de la empresa. Siendo esta retribución variable uno de los conceptos de remuneración reconocidos en la reserva estatutaria sobre retribución de los administradores establecida por el art. 217 LSC la Sentencia incumple la disposición estatutaria, y por esta vía incumple la propia disposición legal, al rechazar el derecho del demandante como Presidente de Sacyr a cobrar la remuneración variable devengada en el segundo semestre de 2011 en la parte proporcional al tiempo en que permaneció a partir del 1 de julio como Presidente ejecutivo de la sociedad hasta el 20 de octubre de 2011 en que cesó».

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

La sentencia recurrida declara no haberse acreditado por el actor que, durante el periodo del tiempo del segundo semestre de 2011 en el que el Sr. Roberto fue presidente ejecutivo de la compañía, los rendimientos de esta justificaran una retribución variable de 427.777,78 euros (correspondiente a la parte proporcional, hasta el 20 de octubre de 2011, de la retribución variable total de ese segundo semestre). Cantidad adicional a los 700.000 euros ya percibidos por el actor por el primer semestre del mismo ejercicio. Lo hace en estos términos:

«Sin embargo, dicho demandante, que es a quien incumbía la carga de hacerlo, no ha considerado oportuno suministrarnos esa clase de prueba: ha pretendido sustituir la obligada prueba técnica al respecto por unas vagas reflexiones referentes, ora a la adecuación de los resultados del ejercicio con las previsiones de la empresa, ora al respaldo unánime del consejo hacia sus decisiones, ora, en definitiva, a la atribución de las pérdidas extraordinarias sufridas a decisiones que no contaron con su beneplácito (venta del 10



% de las acciones de REPSOL). Reflexiones que, aunque fueran compartidas por este tribunal, resultarían manifiestamente insuficientes para conducirlo a la conclusión de que la parte variable de la retribución del año 2011 debería ser no de 700.000 € sino de 1.400.000 €, y ello porque fuera este segundo y no el primero el resultado de correlacionar el "indicador de los rendimientos del consejero" con el "indicador de los rendimientos de la empresa».

El recurrente elude la base fáctica de la sentencia recurrida. La Audiencia no declara acreditado el hecho del que dependía el devengo de la retribución variable del segundo semestre de 2011, pues no se practicó prueba alguna sobre los indicadores concretos de rendimientos de la empresa y del presidente durante ese semestre. Consecuentemente, en la medida en que la sentencia recurrida no entiende probado el presupuesto fáctico necesario para el nacimiento del derecho a ese concepto retributivo, no infringe el art. 217 LSC y el art. 43.2 de los estatutos de la sociedad.

SÉPTIMO. Costas

1. Desestimado el recurso de casación de Sacyr, procede imponerle las costas ocasionadas con su recurso, en aplicación del art. 398.1 LEC, con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Desestimado el recurso de casación de Roberto, también procede imponerle las costas ocasionadas con su recurso, en aplicación del art. 398.1 LEC, con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación formulado por Sacyr Vallehermoso, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 12 de junio de 2020 (rollo 180/2019), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid de 20 de noviembre de 2018 (juicio ordinario 388/2012).

2.º Desestimar el recurso de casación formulado por Roberto contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 12 de junio de 2020 (rollo 180/2019).

3.º Imponer a cada uno de los recurrentes las costas generadas por sus respectivos recursos de casación.

4.º Acordar la pérdida de los depósitos constituidos por cada recurrente para la interposición del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.