

Indemnización por cese «en términos de mercado» prevista en los estatutos sociales (STS núm. 35/2025, Sala Primera, de 16 de julio)

La sentencia analiza la demanda interpuesta por el consejero ejecutivo de una sociedad por falta de pago de una indemnización por cese prevista en los estatutos sociales (régimen anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital en el 2014).

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

1.1. *El caso*

El supuesto de hecho que resuelve la Sentencia núm. 35/2025 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 16 de julio, versa sobre la demanda interpuesta por el consejero ejecutivo contra la sociedad cotizada que lo destituyó por desempeño defectuoso de sus funciones y que se negó a pagarle la indemnización por cese. Es un caso anterior a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se mo-

difica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En aquel momento no era necesario firmar un contrato de administración para la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas, de modo que serían de aplicación las reglas de retribución de los consejeros con funciones ejecutivas establecidas en los estatutos de la sociedad.

Los estatutos sociales contenían, entre otros conceptos retributivos, el derecho a obtener «una indemnización para el caso de cese no debido a

incumplimiento imputable al consejero». Según los estatutos, el importe de la retribución correspondiente a cada ejercicio lo determinaría (*ex post*) el Consejo de Administración a propuesta de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, y debería ser ratificada por la Junta General. Los estatutos establecían también lo siguiente: «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».

El cese del consejero demandante (presidente ejecutivo de la compañía) se acordó en el mes de octubre del 2011 y el acuerdo del Consejo de Administración que fijó *ex post* su retribución para ese ejercicio no incluyó ni los veinte días trabajados durante dicho mes ni la parte proporcional de la paga extraordinaria de diciembre ni la retribución variable correspondiente al segundo semestre del ejercicio ni, por último, la indemnización por cese no imputable. El Consejo de Administración entendió que el consejero fue destituido por desempeño defectuoso de las funciones y competencias propias del cargo y que, por consiguiente, no debía recibir indemnización de ninguna clase. El acuerdo de fijación de la retribución fue ratificado por la Junta General.

1.2. La demanda

El consejero no impugnó los acuerdos del Consejo ni de la Junta General,

sino que interpuso una demanda contra la sociedad para reclamar el pago de las retribuciones pendientes (fija y variable), más una indemnización por cese no imputable de más de ocho millones de euros, que a su vez calculó conforme a las indemnizaciones establecidas en los estatutos de empresas comparables (tres años de retribución serían las «condiciones de mercado» de las indemnizaciones de estas sociedades cotizadas).

La sociedad demandada se opuso al pago tanto de las remuneraciones pendientes como de la indemnización por cese. Consideraba que, si el consejero no había impugnado los acuerdos que fijaron la retribución para el ejercicio 2011 —sin incluir ninguno de los conceptos retributivos reclamados en la demanda—, esos acuerdos devinieron válidos y eficaces. Además, el escrito de contestación a la demanda razonaba que la indemnización de ocho millones y medio de euros pretendida en la demanda resultaba excesiva y que, a lo sumo, debería concederse una suma (tres millones y medio de euros) que no sobrepasara la cuantía representada por un año y tres meses de retribución. Como luego se verá, reconocer este mínimo como algo aceptable pudo ser un error de planteamiento.

1.3. La respuesta judicial

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda por las mismas razones alegadas en el escrito de contestación: el cese se debió al incumplimiento de

las funciones inherentes al cargo y, en ausencia de impugnación, el acuerdo del Consejo de Administración que fijó la retribución en los términos indicados y el acuerdo de la Junta General que lo ratificó serían válidos, eficaces y ejecutivos.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima Octava, en su Sentencia de 12 de junio con ROJ: SAP M 6860/2020, estimó parcialmente el recurso interpuesto por el consejero y condenó a la sociedad a pagar el importe proporcional de la retribución fija correspondiente a los veinte días trabajados en el mes de octubre más la suma de tres millones y medio de euros como indemnización por cese. Se confirma la sentencia de instancia que desestimó las pretensiones de pago de la parte proporcional de la «paga» extraordinaria de diciembre (no constaba como «concepto» retributivo en los estatutos sociales) y de la retribución variable (por falta de prueba de los presupuestos estatutarios para su devengo).

La sentencia del Tribunal Supremo confirmó la resolución de la Audiencia Provincial, al tiempo que sienta doctrina sobre tres cuestiones que resultan de interés para la aplicación del régimen (pasado y vigente) en materia de retribución de administradores y, en particular, de la indemnización por cese:

- La primera se refiere a si la falta de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración, de la Junta General o de ambos

sobre fijación de la retribución de los administradores impide reclamar el pago de remuneraciones no comprendidas en dichos acuerdos.

- La segunda es si resulta lícito aplicar la regla de la discrecionalidad empresarial (art. 226.2 LSC) para determinar si el consejero incumplió los deberes inherentes al desempeño del cargo a los efectos de aplicar una cláusula sobre indemnización por cese imputable (*bad leaver*).
- Por último, se plantea la cuestión de los requisitos de alegación y de prueba de las «condiciones de mercado» determinantes de la cuantía de la indemnización por cese reclamada en la demanda, que en el caso estaba prevista exclusivamente en los estatutos sociales.

2. La indemnización por cese como parte del sistema de retribución y alcance de los acuerdos de fijación de su importe

Como hemos señalado, la acción de condena al pago de la indemnización por cese se basaba en que los estatutos de la sociedad establecían a favor de los consejeros que cumplan funciones ejecutivas el derecho a percibir «una indemnización para el caso de cese no debido a incumplimiento imputable al consejero».

Según la norma estatutaria, «[l]a determinación del importe [...] de la indemnización por cese corresponde al Consejo de Administración, previo informe de la Comisión

de Nombramientos y Retribuciones», que debería velar porque 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».

Además, se disponía lo siguiente: «Las retribuciones establecidas de acuerdo con lo previsto en este apartado deberán ser sometidas en cada ejercicio a la ratificación de la Junta General».

La sociedad demandada defendió en la instancia que los estatutos sociales son normas de organización que no reconocen derechos subjetivos, sino que el derecho a la indemnización surgiría sólo del acuerdo de la junta general que ratificara la propuesta de retribución para el ejercicio formulada por el acuerdo del consejo de administración. Si el consejero no estaba conforme con su retribución porque los acuerdos no reconocieron el derecho a indemnización alguna, debió impugnar esos acuerdos, que serían válidos y eficaces en tanto no se declarara su nulidad.

El argumento fue desmontado por la Audiencia Provincial con el siguiente razonamiento:

- a) Los estatutos tienen la naturaleza propia de los contratos, por lo que no cabe duda de que la norma estatutaria puede ser fuente de derechos subjetivos, como cualquier otro contrato.
- b) En el caso, los estatutos establecían que los consejeros «tendrán derecho» a percibir una indemnización siempre que el cese no sea imputable, por lo

que el derecho a ser indemnizado nace con el cese y no con el acuerdo que determine el importe de la indemnización debida.

- c) Si la sociedad se niega a pagar la indemnización (o el consejero no está conforme con la cuantía fijada por no responder al criterio de las «condiciones de mercado» fijado en los estatutos), el administrador puede acudir a cualquiera de las acciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) le brinda para proteger su posición jurídica, entre las que se encuentra la condena al pago de la indemnización en caso de controversia (art. 5.1 LEC: «Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley»).

En definitiva, la Audiencia Provincial consideró que la impugnación del acuerdo de fijación de la retribución era posible, pero no necesaria:

Dentro de este contexto, no nos parece ocioso reseñar, aunque no sea con el carácter o alcance propios de una cita jurisprudencial, que son muy numerosas las hipótesis en las que nuestro Tribunal Supremo ha examinado demandas de administradores sociales en reclamación de retribuciones que la sociedad que administraban les rechazó, hipótesis

en las que el alto tribunal entra a examinar del fondo de la cuestión con total naturalidad y sin plantearse en momento alguno la eventual improcedencia de esa clase de acción por razón de no haber agotado el administrador demandante los cauces societarios impugnando previamente los acuerdos internos determinantes del posicionamiento adoptado y exteriorizado por la mercantil demandada. Pueden citarse a este respecto, entre otras, las SSTs de 24 de abril del 2007, 31 de octubre del 2007, 19 de diciembre del 2011, 10 de febrero del 2012, 25 de junio del 2013, 3 de abril del 2014, 17 de diciembre del 2015 y 20 de noviembre del 2018.

El Tribunal Supremo confirma la idea de que la previsión estatutaria del derecho a la indemnización por cese (no imputable) hace nacer el derecho subjetivo a reclamar su pago (téngase en cuenta que el caso es anterior a la Ley 31/2014):

La regulación contenida en el propio artículo 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 éstos el nacimiento del derecho.

El derecho tiene un amparo en la previsión legal y estatutaria, siempre que se cumplan los presupuestos antes indicados (en referencia al cese «no imputable»), 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 re-nuente 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.

También considera que no es necesario impugnar ni el acuerdo del Consejo de Administración ni el de la Junta General:

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

El margen de discrecionalidad empresarial (art. 226.2 LSC) se aplica también a la determinación de si existió incumplimiento imputable de las obligaciones inherentes al cargo de administrador

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.

En conclusión, el derecho a la indemnización surge desde el momento en que se produce el supuesto de devengo previsto en los estatutos sociales (el cese). La negativa injustificada de la sociedad a pagar la indemnización —manifestada a través de sus órganos sociales (Consejo de Administración con ratificación de la Junta General)— permite ejercer una acción de condena dirigida a obtener el pago de lo que ya es debido con intereses, sin necesidad de impugnar tales acuerdos.

3. Incumplimiento imputable (*bad leaver*) y alcance de la regla de la discrecionalidad empresarial (art. 226.2 LSC)

La cuestión de hecho más compleja del litigio entre la sociedad y el consejero cesado consistía en determinar si el cese en el desempeño del cargo fue imputable al cumplimiento defectuoso de las obligaciones inherentes al cargo o, por el contrario, se debía a una simple pérdida de confianza en el gestor (revocación *ad nutum*). Como se trata de un hecho impeditivo del pago de la indemnización por cese (una excepción), la prueba del incumplimiento

correspondería a la sociedad, y la Audiencia Provincial no consideró probado que el demandante hubiera infringido el deber de diligencia en el desempeño del cargo o, dicho de otro modo, que hubiera obrado con negligencia profesional, teniendo en cuenta que la obligación de administrar es una obligación de medios y no de resultado.

En aras de justificar su decisión, la sentencia consideró —acertadamente— que debía analizar las imputaciones de falta de diligencia alegadas por la sociedad demandada sobre la base de las reglas del *margen de discrecionalidad empresarial* previstas en el artículo 226.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que, si bien no estaban vigentes en el momento en que sucedieron los hechos, responderían a un principio asentado en la jurisprudencia previa a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del 2014 que impediría «la conversión del juez en órgano fiscalizador del desacierto económico».

A juicio del tribunal, el consejero adoptó sus decisiones (estrategia para lograr la refinanciación del crédito de adquisición de las acciones de Repsol) de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado, lo que permitiría entender cumplido el estándar de diligencia exigible a un administrador (y, por tanto, el carácter no imputable del cese). Aun así, el tribunal analiza la conducta y no aprecia que las decisiones adoptadas «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».

En el recurso de casación se denunciaba la indebida aplicación del artículo 226.2 de la Ley de Sociedades de Capital porque no estaba vigente en el momento de suceder los hechos y porque se trataría de una regla exclusivamente diseñada para resolver demandas de responsabilidad de administradores.

El Tribunal Supremo rechazó el motivo de casación por estas razones:

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 tónica 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.

A lo anterior añade que el margen de discrecionalidad empresarial no sólo se aplica en el ámbito de la responsabilidad de los administradores:

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 [con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero del 2012 sobre impugnación de acuerdos sociales].

4. La fijación del importe de la indemnización: el recurso del consejero

En lo que se refiere a la fijación del importe de la indemnización, el escrito de demanda se limitaba a especificar las reglas estatutarias establecidas en los estatutos de otras sociedades cotizadas que calculaban el importe de la remuneración mediante múltiplos de la retribución fija.

Según el demandante, los estatutos sociales de las empresas comparadas establecían como media el pago de indemnizaciones

por cese correspondientes a tres anualidades de la retribución fija, lo que en el caso ofrecía una suma de ocho millones y medio de euros. Además, la indemnización que le hubiera correspondido percibir por despido improcedente conforme al Estatuto de los Trabajadores (días de salario por año trabajado) daría como resultado una cantidad muy próxima cuyo pago se solicita de forma subsidiaria. En el recurso de apelación se ofreció también cierta información relativa al cálculo de las indemnizaciones abonadas a los primeros ejecutivos de empresas comparables y todas ellas superaban la suma solicitada en la demanda.

La Audiencia Provincial puso de manifiesto las deficiencias de la prueba ofrecida por el demandante en este punto, pero resolvió la controversia a raíz de una afirmación contenida en el escrito de contestación a la demanda de la sociedad demandada (en aplicación del art. 405.2 LEC):

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 un año y tres meses de retribución.

Ése 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.

La Audiencia estimó por ello el recurso de apelación del consejero y condenó a la sociedad a pagar tres millones y medio de euros en concepto de indemnización por cese con intereses, no desde el momento de fijación judicial de la indemnización (como parece sería lo procedente), sino desde el día siguiente al cierre del ejercicio del devengo (el 1 de enero del 2012).

El consejero cesado discrepaba de la resolución adoptada por la Audiencia y recurrió por ello en casación. En el escrito se razonaba que la sentencia de apelación se había apartado del criterio establecido en los estatutos sociales para fijar la indemnización por cese no imputable («condiciones de mercado») y, de este modo, habría infringido el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital (redacción anterior a la Ley 31/2014).

El Tribunal Supremo desestimó el recurso porque consideró que la Sala no había infringido dicha norma, sino que concurrió ausencia de prueba de las «condiciones

de mercado» aplicable al cálculo de la indemnización debida conforme a los estatutos sociales, prueba que correspondería ofrecer al demandante.

5. Conclusiones

- 1) La primera conclusión que cabe extraer de esta sentencia es interesante para todos los casos en que la determinación del importe concreto de la retribución que deba percibir un consejero se atribuye a un órgano de la sociedad, sea la junta general o el consejo de administración a partir de los conceptos retributivos estatutaria y/o contractualmente previstos. La sentencia deja claro que no es necesario impugnar el acuerdo si no se está conforme con él. Si el administrador tiene derecho a cobrar, puede reclamar el pago de la retribución con independencia de que haya impugnado o no ese acuerdo.
- 2) La segunda se refiere a la función que cumple el denominado margen de discrecionalidad empresarial en el marco general de determinación del contenido del deber de diligencia exigible a cualquier administrador de una sociedad de capital. Se trata de una expresión del modelo de conducta del ordenado empresario que integra la obligación de administrar como obligación de medios. Como expresamente dispone el artículo 226.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el estándar de diligencia señalado se entenderá debidamente observado si se cumplió el procedimiento previsto en ese precepto legal. Lógicamente esto se aplica a todos los efectos (v.gr., determinación de si hay incumplimiento imputable) y no sólo a los de ejercer una acción de responsabilidad de administradores.
- 3) Conviene plantearse si un caso como el dirimido en esta sentencia se resolvería de igual forma con el régimen legal de remuneración de administradores previsto en la vigente Ley de Sociedades de Capital tras la reforma realizada mediante la Ley 31/2014, que exige la aprobación de la retribución anual por la junta general (incluidas las indemnizaciones) y/o la constancia del derecho a la indemnización en los contratos de los ejecutivos. En nuestra opinión, la mera constancia en los estatutos sociales del derecho a cobrar indemnización por cese «en condiciones de mercado» no sería suficiente para reclamar su pago si dicha retribución no ha sido prevista en el correspondiente contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (en el caso de consejeros con funciones ejecutivas) o su importe no está comprendido en el máximo de remuneración que se puede pagar según el acuerdo de la junta general de socios (en el caso de consejeros con funciones de supervisión) como exige el artículo 217.3 del mismo texto legal.

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o dirijase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.