



Roj: **STS 767/2023 - ECLI:ES:TS:2023:767**

Id Cendoj: **28079110012023100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2023**

Nº de Recurso: **3742/2019**

Nº de Resolución: **330/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1001/2019,**  
**STS 767/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 330/2023**

Fecha de sentencia: 28/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3742/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3742/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 330/2023**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 28 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.<sup>a</sup> Felisa y D. Carlos Manuel, representados por el procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> María Teresa Lorenzo Tarrío, contra la sentencia núm. 249/2019, de 8 de mayo, dictada por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 126/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 268/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra. Sobre acción social de responsabilidad. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Lorenza, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María del Rosario Castro Cabezas y bajo la dirección letrada de D. Juan Crisóstomo Areses Trapote.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Jorge Ignacio Freire Rodríguez, en nombre y representación de D. Carlos Manuel y D.<sup>a</sup> Felisa, interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Lorenza, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"A) Se declare:

1. Que la conducta de la administradora demandada ha sido antijurídica, por haber infringido la ley y los estatutos sociales, y no haberse ajustado al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante legal, habiendo actuado en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad;
2. Que la sociedad CONCENTRIC S.A., como consecuencia de la actuación de la administradora social ha sufrido un daño económico.

"B) Se condene a la administradora demandada:

1. A pagar a la mercantil CONCENTRIC, S.A., la cantidad de CUARENTA Y NUEVE MIL SETENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (49.076,88 €), correspondientes a las retribuciones ilegales cobradas en el ejercicio 2012, así como pagar los intereses legales correspondientes, desde la interposición de esta demanda"

2.- La demanda fue presentada el 17 de octubre de 2017 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, se registró con el núm. 268/2017. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María del Rosario Castro Cabezas, en representación de D.<sup>a</sup> Lorenza, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a los demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado Mercantil n.º 2 de Pontevedra dictó sentencia n.º 144/2018, de 27 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"DESESTIMO la demanda interpuesta por Felisa y Carlos Manuel, asistidos por la Letrada Sra. Lorenzo Tarrío y representados por el Procurador Sr. Freire Rodríguez, contra la demandada Lorenza, asistida por el Letrado Sr. Areses Trapote y representada por la Procuradora Sra. Castro Cabezas.

No se hace imposición de las costas de esta instancia a ninguna de las partes."

5.- El Juzgado de lo Mercantil, a instancia de la parte demandante, dictó auto de aclaración de la anterior sentencia y cuyo sentido literal es:

"Estimar la petición formulada por de aclarar la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: en el Antecedente de Hecho 1, donde dice:

"1.- En fecha 17 de octubre de 2017 la representación procesal de Felisa y Carlos Manuel presentó demanda de Juicio Ordinario contra Evaristo, debe decir, en fecha 17 de octubre de 2017 la representación procesal de Felisa y Carlos Manuel, presentó demanda de Juicio Ordinario contra D.<sup>a</sup> Lorenza ..."

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Felisa y Carlos Manuel.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra que lo tramitó con el número de rollo 126/2019 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Freire Rodríguez, en nombre y representación de Dña. Felisa y D. Carlos Manuel, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra en fecha 27 de noviembre de 2018, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en sus propios términos.

Cada parte deberá asumir las costas causadas por su intervención en esta alzada".

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Jorge Ignacio Freire Rodríguez, en representación de D.ª Felisa y D. D. Carlos Manuel, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC por infracción de las normas procesales reguladoras del contenido de la sentencia contenidas en el artículo 216, 217 Ley Enjuiciamiento Civil, en conexión con el artículo 428 de la citada Ley. Así como la Doctrina contenida en las Sentencias Tribunal Supremo de Tribunal Supremo 18/4/2013 (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 244/2013 (RJ 2013\3387); Sentencia núm. 386/2015 de 26 junio (RJ 2015\3578); ( Sección1ª) Sentencia núm. 529/2013 de 24 julio. RJ 2013\5009".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción de los artículos 23 e) *in fine*, 28, 160 j), 164, 174, 197 bis, 202 y 203.1 *in fine*, del Texto Refundido de Ley Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), todos ellos en conexión con el art. 204 la citada Ley; así como la Doctrina contenida en las STS Sentencia núm. 877/2006 de 20/09/2006 (RJ 2006\8592); STS 13/2/2006 (nº 95/2006) Id Cendoj: 28079110012006100159; Sentencia núm. 545/2005 de 12 julio. RJ 2005\5277.

"Segundo.- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción de los artículos 23 e) *in fine*, 28, 160 j), 164, 174, 217, del Texto Refundido de Ley Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital); así como la doctrina contenida en la Sentencia núm. 505/2017 de 19 septiembre de 2017 (RJ 2017\4012); Sentencia 893/201.

"Tercero.- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción de los artículos 23 e) *in fine*, 28, 160 j), 164, 174, 217, del Texto Refundido de Ley Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital); así como la Doctrina que se contiene en la Sentencia núm. 505/2017 de 19 septiembre (RJ\2017\4012).

"Cuarto.- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción de los artículos 23 e) *in fine*, 28, 160 j), 164, 174, 217, del Texto Refundido de Ley Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital); así como la Doctrina que se contiene en Sentencia núm. 893/2012 de 19 diciembre (RJ\2012\4878); Sentencia núm. 708/2015 de 17 diciembre (RJ 2015\6189); Sentencia núm. 646/2018 de 20 noviembre (RJ\2018\5173)".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Dña. Felisa y D. Carlos Manuel contra la Sentencia dictada con fecha 8 de mayo de 2019 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 126/2019, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 268/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra".

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

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 23 de febrero de 2023, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 26 de diciembre de 1985 se constituyó la sociedad Concentric S.A., dedicada a la compraventa, promoción, construcción y explotación de inmuebles y cuantas actividades tengan relación con el comercio inmobiliario en general, con un capital social inicial de 43.600.000 pesetas, distribuido en 4.360 acciones.

2.- El capital social fue suscrito por D. Marcial (2.150 acciones con carácter privativo y 30 acciones con carácter ganancial) y D. Maximino (1.950 acciones con carácter privativo y 230 acciones con carácter ganancial).

3.- A finales de 2010, el capital social de Concentric S.A. estaba distribuido de la siguiente manera: D. Marcial , 36,97%; D. Nicanor , 11,01%; D. Plácido , 11,01%; Dña. Lorenza , 11,01%; Dña. Felisa , 15% (nuda propiedad); y D. Carlos Manuel , 15% (nuda propiedad).

4.- El 27 de diciembre de 2010 se celebró una junta general extraordinaria de Concentric, en la que, entre otros acuerdos, se adoptaron los siguientes, con el 70% del capital a favor y el 30% en contra (a salvo el cese del administrador, en que se abstuvo):

(i) La aprobación de las cuentas de los ejercicios 2005, 2006, 2007 y 2008, objeto de impugnación judicial.

(ii) El cese del administrador único, D. Nicanor , y el nombramiento de nueva administradora única, Dña. Lorenza .

(iii) La modificación del art. 14 de los Estatutos sociales, que hasta ese momento preveía el carácter gratuito del cargo de administrador y que quedó redactado en los siguientes términos:

"El administrador desempeñará el cargo durante el plazo de cinco años y podrá ser siempre y en todo caso reelegido.

"No podrán ser administradores las personas declaradas incompatibles por la Ley de 26 de Diciembre de 1983 en la medida y condiciones fijadas en la misma.

"El cargo de administrador será retribuido; Dicha retribución consistirá en una cantidad fija para cada ejercicio económico a determinar anualmente por la Junta general ordinaria de la sociedad".

(iv) Fijar la retribución del administrador para el ejercicio 2011, en la cantidad de 3.076, 92 € brutos y por catorce pagas mensuales.

5.- En el ejercicio 2012, Dña. Lorenza , como administradora única de Concentric, percibió una remuneración bruta de 43.076,88 € (14 pagas de 1.784,61 € -en concepto de nóminas de 2012- y 6.000 € -por nóminas de noviembre, diciembre y paga extra de diciembre de 2011).

6.- Previamente, las cuentas anuales de la sociedad habían sufrido diversas vicisitudes. Así:

(i) Las cuentas de 2004 fueron impugnadas por Dña. Felisa y D. Carlos Manuel y declaradas nulas por sentencia de 15 de julio de 2013.

(ii) Las cuentas de los ejercicios 2005, 2006, 2007 y 2008 fueron igualmente impugnadas y judicializadas, aprobándose en la junta general extraordinaria celebrada el 27 de diciembre de 2010.

(iii) En la junta general ordinaria celebrada el 27 de diciembre de 2010 se acordó la no aprobación de las cuentas del ejercicio 2009, al no haber finalizado la auditoría, sin que conste si se aprobaron con posterioridad.

(iv) Las cuentas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 no se aprobaron hasta 2015.

7.- La administradora, Dña. Lorenza , elaboró las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012, 2013 y 2014, pero no llegó a convocar las preceptivas juntas generales ordinarias para su aprobación. En particular, la junta ordinaria para la aprobación de las cuentas de 2012 no se celebró en su fecha, al surgir una controversia sobre la auditoría a realizar, cuya judicialización no se resolvió definitivamente hasta la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra de 9 de julio de 2015.

8.- Por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra con fecha 14 de mayo de 2015, a instancia de los hermanos Carlos Manuel Felisa , se convocó junta general ordinaria de Concentric, que



se celebró el 15 de septiembre siguiente, con asistencia de todo el capital social, en la que se adoptaron los siguientes acuerdos:

- (i) Aprobación de la gestión social (70% a favor, 30% en contra).
- (ii) Desaprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2013, al no haber finalizado la auditoría (70% a favor de la no aprobación).

**9.-** El 22 de diciembre de 2015, se celebró una junta general extraordinaria de Concentric, en la que se aceptó la renuncia al cargo de la administradora única, Dña. Lorenza , y se designó nuevo administrador único a D. Marcial .

**10.-** El 30 de diciembre de 2015 se celebraron sendas juntas generales -ordinaria y extraordinaria-, en las que, con asistencia del 70% del capital, se acordó:

(i) En la junta general ordinaria, con el voto favorable del capital presente, se aprobaron las cuentas anuales, el informe de gestión, la aplicación de resultados y la gestión del órgano de administración de los ejercicios económicos 2004, 2009, 2010 y 2011, cerrados a 31 de diciembre de cada año.

(ii) En la junta general extraordinaria, con el voto favorable del capital presente, se acordó:

- Ratificar los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión, de la gestión del órgano de administración y de la aplicación de resultados correspondientes a los ejercicios de los años 2005, 2006, 2007 y 2008.

- Tras afirmarse por el asesor fiscal que el cargo de administrador era retribuido y que durante los ejercicios 2013 y 2014, la sociedad por diversos problemas ni fijó la cuantía de la retribución de la administradora ni retribuyó efectivamente a la administradora cesante, se aprobó el establecimiento en el ejercicio 2015 de la retribución de los tres ejercicios, 2013, 2014 y 2015, a razón de cuarenta mil euros líquidos por cada ejercicio.

- Mantener vigente el acuerdo sobre retribución del nuevo administrador.

- Autorizar expresamente al órgano de administración a contratar personal para llevar la gestión de la sociedad.

**11.-** Dña. Felisa y D. Carlos Manuel formularon una demanda contra la antigua administradora, Dña. Lorenza , en ejercicio de la acción social de responsabilidad, por la percepción de las retribuciones correspondientes al ejercicio 2012, en atención a la falta de acuerdo expreso de la junta general y la falta de justificación de la cuantía percibida.

**12.-** Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró, resumidamente, que pese a que la omisión del acuerdo de la junta general debería conllevar la ilegalidad de la retribución, era aplicable la jurisprudencia sobre los actos propios, el ejercicio de los derechos con arreglo a las exigencias de buena fe y la prohibición del abuso de la formalidad, para mitigar la rigidez de la exigencia de la previsión estatutaria de la remuneración del administrador y reconocer excepcionalmente la eficacia a los pactos retributivos extra-estatutarios. En el caso, en la junta general de la sociedad celebrada el 30 de diciembre de 2015, se aprobaron todas las retribuciones que correspondían a la administradora cesante, haciendo constar que las percibidas por la demandada en los ejercicios 2013 y 2014 no se habían fijado por la junta, lo mismo que ocurrió en 2012, aunque nada se dijo sobre las mismas, y, finalmente, con el voto del 70%, se aprobaron las retribuciones por los ejercicios 2013 y 2014, a lo que se añade, por un lado, que en la misma junta general se acordó establecer para el ejercicio 2015 una retribución idéntica a la de los dos ejercicios anteriores, esto es, de 40.000 € líquidos por cada ejercicio. Por otro lado, dichas cantidades son incluso superiores a las percibidas en el ejercicio 2012, todo lo cual corrobora que la falta de referencia al ejercicio 2012 obedeció a un error y evidencia el abuso y excesivo formalismo en el que se amparan los demandantes para justificar la acción social de responsabilidad y la petición de reintegro de las retribuciones percibidas por la administradora demandada en el ejercicio 2012.

**13.-** Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Consideró, resumidamente, lo siguiente: (i) la falta de acuerdo sobre las retribuciones de 2012, cuando lo hubo para los ejercicios anteriores y posteriores, constituye una irregularidad formal, a la que no es posible atribuir la eficacia anulatoria y sancionable que pretenden los demandantes, sino que debe ceder frente a la voluntad mayoritaria de los socios que conforman el sustrato social, expresada en los ejercicios anteriores y posteriores, por cantidades incluso superiores a las percibidas en 2012; (ii) la pretensión de los recurrentes entraña un ejercicio antisocial del derecho, al aprovechar un error para cuestionar una actuación llevada a cabo cinco años antes de la presentación de la demanda y querida por una mayoría del accionariado; (iii) la retribución de la administradora se plasmó en los estatutos y se acordó por la junta general para el ejercicio 2011, y, ya en 2015, con efectos retroactivos y previa explicación de que no se había abonado en



los ejercicios 2013 y 2014 por falta de acuerdo de la junta, también para tales ejercicios económicos y por un importe superior al señalado para 2011 y al cobrado en 2012, lo cual, ponderando la falta de impugnación del concreto acuerdo adoptado en junta de 27 de diciembre de 2010, así como del aprobado con carácter retroactivo para los ejercicios 2013 y 2014, lleva a concluir tanto que se trató de un simple error, como que la acción ejercitada desconoce los actos propios de los demandantes, anteriores y posteriores.

**14.-** Los demandantes hermanos Carlos Manuel Felisa han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** *Único motivo de infracción procesal. Hechos no controvertidos*

*Planteamiento:*

**1.-** El único motivo de infracción procesal, planteado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción de los arts. 216, 217 y 428 LEC, en cuanto a la preclusión de la alegación de hechos.

**2.-** En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que en su demanda se hizo mención expresa a la impugnación de los acuerdos sociales de la junta general de 27 de diciembre de 2010, incluidos los relativos a la retribución de la administradora para el año 2011 y a la modificación estatutaria y ello, ni fue negado por la parte demandada ni fue controvertido en la audiencia previa. Y aunque no fueron objeto de tratamiento en la demanda, sino en la contestación, los acuerdos de la junta general de 30 de diciembre de 2015 también fueron impugnados y ello no fue controvertido. Pese a lo cual, la Audiencia Provincial afirma en la sentencia recurrida que tales acuerdos de 2010 y 2015 no fueron impugnados.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** En el proceso civil se consideran hechos admitidos aquellos sobre los que existe plena conformidad de las partes, bien porque ambas los han incluido en su relato fáctico, o bien porque expresamente se admite el hecho afirmado por la contraria. La LEC se refiere a los hechos admitidos para establecer que están exentos de prueba ( art. 281.3 LEC), lo que implica que cualquier prueba al respecto resultaría inadmisibles por inútil ( arts. 283.2 y 429.1 LEC). En relación con lo cual, la LEC contiene diversas disposiciones cuyo objetivo es que las partes se pronuncien expresamente sobre la negación o admisión de hechos: (i) en la contestación a la demanda, el demandado deberá negar o admitir los hechos alegados por el demandante (art. 405.2); (ii) igualmente, en la reconvencción, el demandante-reconvenido deberá admitir o negar los hechos de la demanda reconvenccional (art. 407.2); (iii) en caso de alegación de hechos nuevos o de nueva noticia, cada parte deberá pronunciarse sobre los hechos que alegue la contraria, admitiéndolos o negándolos (art. 286.2); (iv) en el acto de la audiencia previa, el demandante tiene que pronunciarse sobre los hechos en que se funden las excepciones materiales del demandado (art. 426.1); (v) en la audiencia previa o en el juicio verbal, el juez puede requerir a los litigantes para que se manifiesten con claridad sobre los hechos (art. 426.6); y (vi) en todo caso, antes de iniciarse el trámite de proposición y admisión de pruebas, las partes o sus defensores, con el tribunal, han de fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes (art. 428.1).

**2.-** Todas estas previsiones legales tienen la finalidad de que, en el momento de dictarse la sentencia, haya quedado claro, respecto de cada hecho relevante, si ha de considerarse admitido o por el contrario es controvertido (y, por tanto, necesitado de prueba). Y si pese a todo, se da el caso de que una parte no se haya pronunciado con la suficiente claridad sobre si admite o niega hechos alegados por la parte contraria, la LEC permite que el juez pueda considerar el silencio o las respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos (arts. 405.2 y 426.6).

**3.-** Sobre esta base, lo que podría denunciarse si se considerase como controvertido un hecho que no lo es, sería una infracción de las normas de valoración de la prueba o un error patente en dicha valoración, lo que tendría su encaje en el apartado 4º del art. 469.1 LEC, pero no una supuesta infracción de las normas reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2º LEC). Por más que la parte cite en el motivo los arts. 216 y 217 LEC - que sí son normas reguladoras de la sentencia-, los mismos nada tienen que ver con la infracción denunciada, por cuanto ésta no afecta ni al principio dispositivo ni a la congruencia de la sentencia, sino a un supuesto error en la valoración probatoria, al resolver en sentido contrario a un hecho incontrovertido dando como probado lo contrario.

**4.-** En cualquier caso, la supuesta falta de impugnación de unos acuerdos de la junta general del año 2010 o de la junta general de 30 de diciembre de 2015 no constituye la razón decisoria de la sentencia recurrida, que se refiere a dicha falta de impugnación como un argumento de refuerzo o a mayor abundamiento. Lo relevante para la Audiencia Provincial, y es la razón de su fallo, es que: (i) en la junta general de la sociedad celebrada el 30 de diciembre de 2015 se aprobaron todas las retribuciones que correspondían a la administradora cesante,



haciendo constar que las percibidas por ella en los ejercicios 2013 y 2014 no se habían fijado por la junta, lo mismo que ocurrió en 2012, aunque nada se dijera sobre las de ese año; (ii) con el voto del 70% del capital social, se aprobaron las retribuciones para los ejercicios 2013 y 2014, a lo que se añade, por un lado, que en la misma junta general de 30 de diciembre de 2015 se acordó establecer para el ejercicio 2015 una retribución idéntica a la de los dos ejercicios anteriores, esto es, de 40.000 € líquidos por cada ejercicio, y, por otro lado, dichas cantidades son incluso superiores a las percibidas en el ejercicio 2012; y (iii) todo lo cual corrobora que la falta de referencia al ejercicio 2012 obedeció a un error y evidencia el abuso y excesivo formalismo en el que se amparan los demandantes para justificar la acción social de responsabilidad y la petición de reintegro de las retribuciones percibidas por la administradora demandada en el ejercicio 2012.

5.- En consecuencia, debe desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal.

### Recurso de casación

**TERCERO.-** *Formulación de los motivos de casación. Conexidad argumentativa. Resolución conjunta*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 23 e), 28, 160 j), 164, 174 y 197 bis, 202 y 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en conexión con el art. 204 LSC y de la doctrina contenida en las sentencias n.º 877/2006, de 20 de septiembre, y 95/2006, de 13 de febrero.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente que, según la sentencia recurrida, la no inclusión en el orden del día del punto correspondiente a la retribución del ejercicio 2012, así como la falta de acuerdo sobre tal extremo, obedece a un mero olvido, cuando ello supondría la introducción de facto de un nuevo punto en el orden del día, un nuevo acuerdo de la junta general y un nuevo contenido del acta de la junta. Aparte de que dicho supuesto olvido no puede amparar la retirada de dinero realizada por la administradora. Además, se infringen el art. 203. 1 LSC, puesto que el acuerdo carece de eficacia si no consta en acta notarial, y el art. 197 bis LSC, que impone la votación separada de asuntos.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 23 e), 28, 160 j), 164, 174 y 217 LSC, así como de la doctrina contenida en las sentencias 893/2012, de 17 de diciembre, y 505/2017, de 19 de septiembre.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente que la integración del contenido de la junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 2015, mediante la inclusión entre sus acuerdos de la retribución correspondiente al ejercicio 2012, es contraria al art. 14 de los estatutos sociales y a la lógica de los acuerdos allí contenidos. Además de no figurar en el orden del día de la convocatoria, de no haber sido sometido a aprobación y de no figurar en el acta notarial de la junta. La finalidad de la norma es potenciar la máxima información de los accionistas en una materia especialmente sensible, razón por la que se impone que el acuerdo se adopte cada año en junta general ordinaria.

3.- El tercer motivo de casación denuncia la vulneración de los arts. 23 e) *in fine*, 28, 160 j), 164, 174 y 217 LSC y de la jurisprudencia contenida en la sentencia 505 /2017, de 19 de septiembre.

En la argumentación del motivo, la parte recurrente sostiene, sintéticamente, que la sentencia desestima la demanda sobre la base de la doctrina de los actos propios y del abuso de la formalidad y considera que no concurre ninguno de los presupuestos conforme a la naturaleza y requisitos de los actos propios en general y, en particular, faltan aquellos presupuestos específicos para su aplicación en el ámbito societario. Además, es un hecho indiscutido que no existe acuerdo social que fije la retribución correspondiente al ejercicio 2012, al contrario de lo que sucedió para los ejercicios 2011, 2013, 2014 y 2015. En lo que se refiere a la teoría de los actos propios, los recurrentes nunca crearon apariencia alguna, nunca insinuaron con su conducta que estaban conformes con los acuerdos adoptados relativos a la retribución del órgano de administración. En el supuesto hipotético de que los recurrentes se hubiesen aquietado a los acuerdos que fijan una retribución, solo lo sería frente a aquellos acuerdos, no frente a la falta de acuerdo respecto a la retribución del ejercicio 2012.

4.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 23 e) *in fine*, 28, 160 j), 164, 174 y 217 LSC, así como la doctrina que se contiene en la sentencia 893/2012, de 19 de diciembre.

Al argumentar el motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la invocación del abuso de formalidad que se hace en la sentencia recurrida no se ajusta al citado instituto por la falta de un acuerdo o pacto que habilite su aplicación. La doctrina del abuso de formalidad despliega su eficacia en el ámbito que le es propio, el de impugnación de acuerdos sociales o la existencia de un acuerdo o pacto contrario a los estatutos. En el caso que nos ocupa es cuestión indiscutida que no existe acuerdo alguno respecto de la retribución relativa al ejercicio de 2012 y que la administradora de forma unilateral retiró la cantidad que tuvo por conveniente. La irregularidad formal sólo puede predicarse de un acuerdo efectivamente adoptado, pero no de un acuerdo inexistente.



5.- Desde distintas vertientes argumentativas, los cuatro motivos de casación plantean la misma cuestión jurídica: si puede considerarse que en el ejercicio 2012, pese a no haber acuerdo social al respecto, rigió el mismo sistema retributivo que para los años anteriores y posteriores -respecto de los que sí hubo tal acuerdo- ya que dicha omisión respecto del ejercicio en cuestión fue un mero olvido en la junta general de 2015, que aprobó las retribuciones de los años precedentes. Por ello, merecen una respuesta conjunta, a fin de no fraccionar artificiosamente los razonamientos jurídicos que nos hayan de llevar al fallo.

**CUARTO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del recurso de casación. No es controlable en casación el juicio de inferencia que da lugar a un determinado resultado probatorio*

1.- La Audiencia Provincial no ignora que no hubo acuerdo sobre la retribución del administrador del año 2012, pero considera que, al sí haberlo respecto del año anterior y de los tres ejercicios posteriores, se debió a un mero olvido su falta de inclusión en el orden del día y su consiguiente falta de voto, aprobación y reflejo en el acta de la junta general de 2015, sin embargo, no hay tal afirmación de la existencia del acuerdo.

2.- Es decir, la sentencia recurrida no cuestiona el régimen de control de las retribuciones de los administradores sociales por la junta general, en cuanto que no afirma que no sea necesario el acuerdo, ni permite que el administrador pueda retribuirse por sí mismo, por el simple expediente de retirar los correspondientes fondos del haber social; sino que, valorando que sí hubo acuerdos al mismo respecto de ejercicios anteriores y posteriores, considera que la falta de mención expresa dentro de tales acuerdos al ejercicio 2012 fue un simple olvido y que la voluntad de la mayoría social quedó clara en cuanto a su voluntad de que la administradora recibiera una retribución y el montante concreto de la misma. Y aunque haga mención a los actos propios de los demandantes (la minoría), lo relevante son los actos de la mayoría, de los que entiende o deduce que si estaban conformes con las retribuciones del año antecedente y de los años posteriores, también lo estaban respecto del ejercicio 2012, aunque por olvido involuntario no lo reflejaron en los acuerdos sociales adoptados.

Por tanto, en relación con los preceptos legales que se citan como infringidos, no se discute que la retribución de los administradores deba formar parte del orden del día, deba ser objeto de deliberación y voto en la junta y que el respectivo acuerdo haya de constar en el acta de la junta general. Lo que está en cuestión en este concreto caso es si es posible entender que la falta de acuerdo sobre la retribución de un determinado ejercicio social fue involuntaria y puede interpretarse que hubo un acuerdo implícito no recogido en el acta de la junta.

3.- La Audiencia Provincial no contradice los artículos de la LSC que regulan la convocatoria y desarrollo de la junta general. De hecho, el orden del día no desgranaba las distintas anualidades, sino que se refería expresamente a las retribuciones (en plural) que correspondían a la administradora cesante sin mención concreta de años.

Lo que hace la Audiencia Provincial es una inferencia fáctica, de orden valorativo, que atañe a la valoración de la prueba, que no es controlable en casación, donde únicamente se controla la recta aplicación de las normas sustantivas. El juicio de inferencia, en cuanto que atañe a la prueba de presunciones (la sentencia recurrida infiere la voluntad de los socios de aprobar las retribuciones de 2012 por la aprobación de la de los años anterior y posteriores) únicamente podría ser combatido en el recurso extraordinario por infracción procesal y con las limitaciones que hemos establecido en nuestra propia jurisprudencia (por todas, sentencia 517/2015, de 6 de octubre):

"[...] cuando el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados. En otras palabras, cuando falta un enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho deducido, según las reglas del criterio humano y siempre desde el respeto los hechos base de la deducción".

4.- Incluso en el caso de que entendiésemos que la interpretación que hace la Audiencia Provincial es jurídica y no meramente fáctica, en cuanto que valora la voluntad presunta de la junta y justifica la falta de reflejo del acuerdo sobre retribuciones de 2012 en el acta (que no es un requisito de forma *ad solemnitatem* de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales, pero sí constituye el medio previsto en la ley para fijar y preservar la declaración ya formada, al tiempo que otorga ejecutividad a los acuerdos allí consignados, conforme al art. 202.3 LSC), no podemos obviar que el motivo basado en tales supuestas infracciones incurre claramente en el abuso de derecho y exceso de formalidad que se señalaron en la instancia ( sentencias 411/2013, de 25 de junio, y 646/2018, de 20 de noviembre), al intentar eludir los recurrentes la voluntad mayoritaria de los socios de retribuir a la administradora y de hacerlo de forma continuada en un periodo prolongado de tiempo en el que se incluye el ejercicio controvertido.



Por lo que, en todo caso, no concurren los presupuestos legales para imputar la responsabilidad pretendida a la administradora, en cuanto que no puede afirmarse que hubiera un cobro indebido de retribuciones, que es lo que se le achaca.

5.- Como consecuencia de ello, el recurso de casación debe ser desestimado.

**QUINTO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación conlleva que deban imponerse a los recurrentes las costas por ellos causadas, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, procede ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

**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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Dña. Felisa y D. Carlos Manuel contra la sentencia núm. 249/2019, de 8 de mayo, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 126/2019.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas de tales recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

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

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

Así se acuerda y firma.