



Roj: **STS 1859/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1859**

Id Cendoj: **28079110012021100305**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2021**

Nº de Recurso: **1809/2018**

Nº de Resolución: **310/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 251/2018,**  
**STS 1859/2021**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 310/2021

Fecha de sentencia: 13/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1809/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/04/2021

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1809/2018

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 310/2021

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 13 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante. Es parte recurrente la entidad Eslinga Sanitaria S.L., representada por el procurador Lorenzo Guich Giménez y bajo la dirección letrada de Rodolfo Carretero Rodríguez. Es parte recurrida las entidades Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L., representadas por el procurador Fernando Pérez Cruz y bajo la dirección letrada de Enrique Vila Soler.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador José Córdoba Almela, en nombre y representación de las entidades Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, contra la entidad Eslinga Sanitaria S.L., para que se dictase sentencia por la que:

"estimando la presente demanda declare la nulidad de los acuerdos impugnados por entender que resultan contrarios a la ley y/o a los estatutos sociales, así como por vulnerar los intereses sociales en beneficio de uno o varios socios o de terceros, declarando igualmente su ineficacia y la remoción de sus efectos, haciendo expresa imposición de las costas del procedimiento a la demandada".

2. El procurador Lorenzo Guich Giménez, en representación de la entidad Eslinga Sanitaria S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime la demanda condenando en costas a la parte actora".

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que con estimación parcial de la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don José Córdoba Almela, en nombre y representación de las entidades mercantiles Brassey Inversiones, S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial, S.L., contra la entidad mercantil Eslinga Sanitaria, S.L., debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos 3º y 4º de la Junta General de socios de la entidad mercantil Eslinga Sanitaria, S.L. por vulneración del derecho de información, y en consecuencia, debo declarar y declaro la ineficacia de tales acuerdos 3º y 4º de la Junta General de socios de la entidad mercantil Eslinga Sanitaria, S.L. y la remoción de sus efectos, así como debo absolver y absuelvo a la entidad mercantil Eslinga Sanitaria, S.L. del resto de pedimentos contenidos en la demanda.

"Todo ello sin expresa condena en costas procesales a la parte demandante, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de las entidades Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L.; y de la entidad Eslinga Sanitaria S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante mediante sentencia de 29 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Con desestimación de los dos recursos de apelación deducidos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de fecha uno de septiembre de dos mil diecisiete, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución por las razones contenidas en la presente, imponiendo a Brassey Inversiones, S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial, S.L. las costas causadas en esta alzada originadas por su recurso de apelación, sin efectuar especial imposición respecto de las costas causadas en esta alzada originadas por el otro recurso, con declaración de la pérdida del depósito constituido por ambos apelantes para la interposición de sus respectivos recursos".

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

1. El procurador Lorenzo Guich Giménez, en representación de la entidad Eslinga Sanitaria S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:



"1º) Infracción del art. 218.1 LEC.

"2º) Infracción del art. 465.5.2º LEC.

"3º) Infracción del art. 222.4 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción por interpretación errónea e inaplicación, de los arts. 217.3 y 28 de la Ley de Sociedades de Capital.

"2º) Infracción por interpretación errónea e inaplicación del art. 220 de la Ley de Sociedades de Capital.

"3º) Infracción por interpretación errónea e inaplicación de los arts. 190.1c) y 230.2.2º de la Ley de Sociedades de Capital".

2. Por diligencia de ordenación de 12 de marzo de 2018, la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso 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.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Eslinga Sanitaria S.L., representada por el procurador Lorenzo Guich Giménez; y como parte recurrida las entidades Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L., representadas por el procurador Fernando Pérez Cruz.

4. Esta sala dictó auto de fecha 16 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Eslinga Sanitaria S.L., contra la sentencia n.º 35/2018, de 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 524/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 355/2016, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante".

5. Dado traslado, la representación procesal de las entidades Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L. no presentó escrito de oposición en el plazo establecido.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de abril de 2021, 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.

i) La sociedad Eslinga Sanitaria, S.L. celebró una junta general el día 16 de diciembre de 2015, en cuyo orden del día aparecían los siguientes puntos:

"(...) 2º Renovación del nombramiento de auditores.

"3º Retribución del Administrador: fijación de la retribución a percibir por el administrador durante el ejercicio 2015.

"4º Aprobación del sueldo recibido por la doctora Lucía , como directora general, durante los ejercicios 2012 a 2015"

ii) La junta general aprobó la renovación del nombramiento de auditores. En relación con el punto tercero del orden del día, también aprobó que la administradora Lucía percibiera una retribución durante el ejercicio de 2015 de 6.000 euros brutos anuales. Y respecto del punto cuarto del orden del día, la junta aprobó la retribución o sueldo percibido como directora general por Lucía : 156.313,71 euros el año 2012; 267.372,42 euros el 2013; 268.931,40 euros el 2014; y 268.931,40 euros el 2015.

Los acuerdos tercero y cuarto recibieron el voto a favor de los siguientes socios: Kayra Desarrollos S.L.U., con el 12,2503% del capital social; Aysel Investments S.L.U. (de la que es socia única Lucía ), con el 36,9986% del capital social; y Uxia Desarrollos S.L.U., con 14,0003% del capital social. Y votaron en contra: Brassey Inversiones S.L., con el 5,4382% del capital social; y Nacavi Gestión Patrimonial S.L., con el 31,3126% del capital social.

2. Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L., en la demanda que da inicio al presente procedimiento, impugnaron estos tres acuerdos adoptados en la junta general de 16 de diciembre de 2015.



El primer grupo de razones o causas de impugnación guardan relación con la infracción del derecho de información de los socios; y el otro tenía que ver con la infracción legal y la lesión del interés social, que la sentencia de primera instancia sintetizó así: i) en cuanto a la renovación de los auditores, por no ser razonable esta decisión, al suponer un aumento de costes para la sociedad; ii) en cuanto a la aprobación de la remuneración de la administración, por aplicarse de forma retroactiva, y porque Lucía, socia única de Ayslen, tenía un conflicto de interés y debía haberse abstenido en la votación; iii) en cuanto a la aprobación del aumento del sueldo de directora general, por encubrir una remuneración por la prestación de servicios profesionales, y no una relación laboral, por existir un conflicto de intereses y por no haberse abstenido en la votación, por perjudicar el interés social y por infringir el art. 220 LSC.

3. El juzgado mercantil desestimó la impugnación del acuerdo segundo y estimó la impugnación de los acuerdos tercero y cuarto, por infracción del derecho de información.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes. Las demandantes recurrieron la desestimación de la impugnación del acuerdo segundo. Y la demandada recurrió la estimación de la impugnación de los acuerdos tercero y cuarto.

El recurso de las demandantes ha sido desestimado por la Audiencia, y este pronunciamiento ha devenido ahora firme, al no haber sido ahora objeto de recurso ante este Tribunal Supremo.

En relación con el recurso de la demandada, la Audiencia entiende que no ha existido infracción del derecho de información, tanto respecto del punto tercero del orden del día, como del punto cuarto. Pero entra analizar, en relación con cada uno de estos dos acuerdos, los restantes motivos de impugnación que no fueron analizados en primera instancia por haberse apreciado la infracción del derecho de información.

i) En cuanto al acuerdo correspondiente al punto tercero, examina en primer lugar si ha existido conflicto de intereses del apartado 1 del art. 190 LSC, y concluye que no, porque la fijación del importe de la retribución de la administradora (6.000 euros brutos anuales) no es propiamente una concesión de un derecho, al estar prevista la retribución en los estatutos. Luego entra a analizar si, a los efectos del art. 190.3 LSC, lesiona el interés social y concluye que no con el siguiente razonamiento:

"Si tenemos en cuenta que la cuantía fijada para la retribución es de 6.000 euros brutos anuales y el beneficio de ES correspondiente al ejercicio de 2014 es de casi 9.000.000 euros, es evidente que la suma asignada en concepto de retribución no causa daño al patrimonio social ni tampoco se ha adoptado de forma abusiva porque no se observa que con esta retribución se beneficie al socio mayoritario en perjuicio de los demás socios toda vez que no se observa que con esa retribución se encubra un reparto fraudulento de dividendos".

No obstante lo anterior, estima la impugnación de este acuerdo porque aprecia que la junta de 16 de diciembre de 2015 no podía fijar la retribución con carácter retroactivo para ese ejercicio 2015. El razonamiento empleado es el siguiente:

"No puede justificarse este acuerdo con efectos retroactivos atendiendo al tenor de la Disposición transitoria 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, al establecer que la entrada en vigor de las normas reguladoras del régimen retributivo de los administradores se producirá a partir del 1 de enero de 2015 y deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad a esta fecha, porque la primera junta general celebrada en 2015 tuvo lugar el día 30 de junio de 2015.

"Como el acuerdo impugnado se refiere a la asignación a la Administradora de una retribución correspondiente al ejercicio de 2015 y este acuerdo se adoptó el día 16 de diciembre de 2015, prácticamente agotado el referido ejercicio, el acuerdo adoptado es contrario a la Ley y procede confirmar su nulidad pero por las razones contenidas en la presente resolución.

"El referido acuerdo sobre la retribución de la Administradora no puede extenderse para los ejercicios anuales futuros porque el artículo 13 de los estatutos establece: "...el cual será fijado para cada ejercicio por la Junta de la Sociedad.""

ii) En cuanto al acuerdo correspondiente al punto cuarto, la Audiencia reseña los siguientes hechos:

"1º) Don Octavio y su hija Doña Lucía eran administradores solidarios de ES desde su constitución en el mes de mayo de 2011 pero quien era titular de la práctica totalidad del capital social y ejercía de hecho las funciones de dirección en la gestión de la mercantil era Don Octavio .

"2º) Doña Lucía, antes del fallecimiento de su padre en el mes de octubre de 2012, venía percibiendo una retribución salarial (...) mensual bruta de aproximadamente 8.600 euros.



"3º) Doña Lucía , tras el fallecimiento de su padre, pasa a ejercer las funciones que éste venía desarrollando y su retribución salarial mensual bruta pasa a ser de algo más de 19.500 euros (...).

"4º) no consta ningún acuerdo social en ES después del fallecimiento de Don Octavio en virtud del cual se autorice a Doña Lucía el ejercicio del cargo de Director General ni a incrementar su retribución salarial a partir del mes de octubre de 2012".

De estos hechos, la sentencia de apelación concluye que el acuerdo es contrario a la ley y por esta razón nulo, con el siguiente razonamiento:

"(...) Lucía (socia única de AYSEL INVESTMENT S.L.U., la cual detenta el 37 % del capital de ES) pasó a ocupar, siendo la administradora única, el cargo de director general a partir del mes de octubre de 2012 con un incremento sustancial de su retribución salarial sin haber adoptado acuerdo alguno en la Junta sobre este particular.

[...]

"existe un conflicto de interés en Doña Lucía en cuanto socia porque el acuerdo ahora impugnado le "concede un derecho" al asignarle un sueldo bruto que excede del doble del que venía percibiendo por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 190.1.c TRLSC no podía ejercer su derecho de voto a través de AYSEL INVESTMENT, S.L.U. y, al deducir sus participaciones en el capital social para el cómputo de la mayoría no se habría adoptado el acuerdo ( artículo 190.2 TR LSC).

"De otro lado, el artículo 220 TR LSC declara: "En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general." En nuestro caso, no consta que la modificación sustancial de la prestación de servicios por parte de Doña Lucía a partir del mes de octubre de 2012 haya sido autorizada por ningún acuerdo de la Junta, por lo que el incremento retributivo que se pretende ratificar con el acuerdo adoptado en el cuarto punto del orden del día carece del presupuesto habilitante como es la autorización de la Junta".

5. Frente a la sentencia de apelación, la sociedad demandada (Eslinga Sanitaria, S.L.) formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

**SEGUNDO.** *Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo.* El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 218.1 LEC, al pronunciarse la sentencia sobre cuestiones no planteadas en el recurso de apelación, ni en el escrito de oposición ( art. 465.5 LEC).

En el desarrollo del motivo explica que el recurso de apelación de Eslinga impugnó el pronunciamiento que declaraba la nulidad de los acuerdos tercero y cuarto por vulneración del derecho de información, "circunstancia a la que se limitó la oposición de la parte demandante". Y la Audiencia, después de examinar si había habido vulneración del derecho de información, entró a analizar otros motivos de impugnación que no habían sido objeto de recurso ni de oposición al recurso.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* Como en otras ocasiones, hemos de partir del marco jurisprudencial sobre el deber de congruencia de las sentencias, contenido, entre otras, en la sentencia 450/2016, de 1 de julio:

"Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la causa *petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" ( Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*infra petita*"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" ( sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio)

Además, las sentencias de apelación se encuentran afectadas por las exigencias derivadas de la determinación de lo que es objeto del recurso, conforme a lo previsto en el art. 465.5 LEC. Este precepto dispone lo siguiente:



"El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".

Esto es, el tribunal de apelación ha de resolver sólo las cuestiones controvertidas en el recurso de apelación y, en su caso, en la impugnación del recurso, en cuanto que las partes pueden haberse conformado con alguno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y haber ceñido la controversia en apelación a unas determinadas cuestiones.

En el presente caso, conviene advertir que las socias demandantes impugnaron los acuerdos tercero y cuarto por diversas causas o motivos. La sentencia de primera instancia desglosó estas causas en dos grupos: el primero guardaba relación con la infracción del derecho de información de los socios y el segundo, con otras razones como la infracción de las normas relacionadas con el conflicto de interés, la adopción de acuerdos de remuneración retroactiva, la imposición de acuerdos que lesionan el interés social, la inexistencia de acuerdo social, preceptivo e indispensable, para que la administradora concierte servicios con la entidad que administra...

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de estos dos acuerdos, tercero y cuarto, por apreciar la infracción del derecho de información, razón por la cual no entró a analizar el resto de las causas o motivos de impugnación.

El recurso de apelación se centra en combatir la estimación que hace la sentencia de primera instancia de la impugnación de estos dos acuerdos, tercero y cuarto, fundada en la infracción del derecho de información. Y la sociedad demandada, lógicamente, combate la apelación. De tal forma que la sentencia de apelación debía, necesariamente, entrar a analizar en primer lugar esta cuestión, la relativa a la vulneración del derecho de información de las socias demandantes. Y, al estimar la apelación en este extremo, y apreciar que no había habido infracción del derecho de información, el tribunal de apelación se colocaba en la misma posición en que habría estado el juzgado caso de haber rechazado la denunciada infracción del derecho de información. Debía entrar a analizar los siguientes motivos de impugnación invocados en la demanda y que no habían sido examinados por haberse apreciado el primero, la infracción de los derechos de información. Y al hacerlo no incurre en incongruencia.

Este ha sido el criterio seguido por esta sala en otras ocasiones, tal y como lo recuerdan en la sentencia 331/2016, de 19 de mayo:

"2.- [...] si el juzgado ha estimado una pretensión y ha omitido entrar a conocer de las demás, y sobre ellas no hay por tanto un pronunciamiento desestimatorio (que no necesariamente habría de estar expresamente recogido en el fallo pero que habría de ser claro y expreso en la fundamentación de la sentencia), es doctrina de esta Sala que la sentencia del tribunal de apelación que estime fundado el recurso del demandante debe entrar a enjuiciar la pretensión no resuelta en la sentencia de primera instancia, sin necesidad de que la parte que la formuló, el demandante, apele o impugne la sentencia de primera instancia para sostenerla de forma expresa en la segunda instancia y sin necesidad de plantear la cuestión en la oposición al recurso, pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia.

"Solo así se evita incurrir en incongruencia omisiva. Al no haber sido examinada y resuelta la pretensión por la sentencia de primera instancia, no hay un pronunciamiento desestimatorio desfavorable que legitimara al demandado para impugnar y que quede fuera del debate de la segunda instancia ante la falta de impugnación.

"Esta doctrina ha sido mantenida por esta sala, tanto respecto de las pretensiones como respecto de las excepciones no resueltas en la sentencia apelada, en sentencias como las núm. 87/2009, de 19 de febrero de 2009, 432/2010, de 29 de julio, 370/2011, de 9 de junio de 2011, 977/2011, de 12 de enero, y 532/2013, de 19 de septiembre".

### **TERCERO.** *Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal*

**1. Formulación del motivo segundo.** El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto el art. 465.5.2º LEC, y del principio de prohibición de *reformatio in peius*, "pues, si bien la violación del derecho de información puede subsanarse con una nueva convocatoria de la junta en la que se informe sobre todos los extremos requeridos por la sentencia de primera instancia, dicha subsanación deviene imposible si la nulidad proviene de infracción de una norma estatutaria o de la propia ley".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo segundo.** El art. 465.5 LEC primero prescribe que "el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en



su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461". Y, a continuación, advierte que "(l)a resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado".

La sentencia de apelación se ha limitado a confirmar la nulidad de los acuerdos adoptados en relación con los puntos del orden del día tercero y cuarto, aunque por un motivo distinto en cada caso al apreciado por la sentencia de primera instancia. En este sentido no se ha alterado el fallo ni el efecto derivado de la estimación de la impugnación de estos dos acuerdos, que es su ineficacia. El recurrente, al denunciar un perjuicio derivado de la estimación de la impugnación de estos dos acuerdos por unos motivos distintos a los apreciados por el juzgado mercantil, incurre en una falacia: el que el juzgado mercantil no hubiera entrado a resolver los restantes motivos de impugnación, al haber apreciado la infracción del derecho de información, no significa que "subsano este defecto" en la siguiente junta convocada para aprobar los mismos acuerdos, estos no pudieran ser impugnados por los restantes motivos, mientras subsistieran los vicios en que se fundaban.

#### **CUARTO. Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal**

**1. Formulación del motivo.** El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto el art. 222.4 LEC: "habiéndose resuelto en el juicio ordinario 90/2015 la retribución percibida por Lucía como directora general, el tribunal no se atiene al contenido de la sentencia allí pronunciada".

En el desarrollo del motivo se deja constancia de que en aquel juicio ordinario, en el que se ventilaba una acción social de responsabilidad entablada por las mismas dos socias de Eslinga contra la administradora Lucía, la sentencia de la Audiencia de Alicante Sección 8ª 137/2017, de 2 de marzo, que resuelve la apelación, en el fundamento jurídico quinto dispone lo siguiente:

"Circunscrita por el apelante la cuestión en el motivo que analizamos a examinar si es contraria a la buena fe el ejercicio de la acción de responsabilidad social de la demandada por razón del aumento de su retribución sin la previa aprobación de la junta de socios, operado el día 22 de octubre de 2012 y atendido el hecho de que los demandantes ni cuestionan ni la realidad de la remuneración ni de la contabilización de la remuneración de la administradora por servicios y no como retribuciones por razón del cargo, como consta en las páginas 17 y 37 de la Memoria de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013, la cuestión queda limitada a determinar si aprobaron o no la cuentas anuales de los ejercicios 2012 y 2013 y si se aquietaron al resultado de los acuerdos adoptados en relación a tales cuentas como fundamento de su posición posterior con ocasión del ejercicio de la acción de responsabilidad social".

Con ello, a juicio del ahora recurrente, "la Audiencia Provincial ya tiene resuelto, entre las mismas partes y referido a la misma sociedad, que no se precisa la autorización de la junta para dar por bueno el incremento en la retribución de la directora general; por lo que infringe así la sentencia recurrida el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, consagrada, igualmente en nuestra jurisprudencia".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo tercero.** Conforme a la jurisprudencia de esta sala, contenida entre otras en las sentencias 169/2014, de 8 de abril, y 5/2020, de 8 de enero, "la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto".

En su aspecto positivo, "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal" ( art. 222.4 LEC).

En el presente caso, ni los litigantes son los mismos, pues en el primer pleito no era parte la sociedad Eslinga, que en el presente procedimiento es parte demandada; ni el extracto invocado por el motivo de la sentencia de apelación del primer pleito resuelve lo que afirma el recurrente, esto es, no declara que no fuera precisa la autorización de la junta para dar por bueno el incremento en la retribución de la directora general.

#### **QUINTO. Motivo primero del recurso de casación**

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea y consecuente inaplicación, de los arts. 217.3 y 28 LSC, y afecta al pronunciamiento que confirma la impugnación del acuerdo sobre el punto tercero del orden del día, relativo a la determinación de la remuneración de la administradora.



En el desarrollo del motivo centra la cuestión controvertida en si el acuerdo de retribución del cargo de administrador ha de adoptarse al inicio de cada ejercicio, sin que sea válido hacerlo al término del ejercicio porque vulneraría los estatutos. Según el recurrente, el art. 217.3 LSC, cuando prescribe que "el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobada por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación", se refiere a la aprobación de una actuación ya realizada, el cobro de una remuneración, y bajo esta idea debía interpretarse el art. 13 de los estatutos. Este artículo, después de prever que "el sistema de retribución del administrador o administradores será el de "sueldo"", añade que "el cual será fijado para cada ejercicio por la junta de la sociedad".

El recurrente concluye que la sentencia recurrida infringe el art. 217.3 LSC, al supeditar su aplicación al art. 13 de los estatutos, "con clara vulneración del principio de jerarquía normativa y del art. 28 LSC".

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo.** El acuerdo que aprueba el punto tercero del orden del día, por el que se fijaba la retribución de la administradora durante el ejercicio 2015 en 6.000 euros brutos anuales, fue adoptado en la junta del día 16 de diciembre de 2015. Para entonces ya regía el régimen legal sobre retribución de administradores de sociedades de capital modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

En su apartado 1, el art. 217 LSC dispone con carácter general que el cargo de administrador es gratuito, salvo que los estatutos establezcan lo contrario y determinen el sistema de remuneración.

En nuestro caso, el art. 13 de los estatutos de la sociedad ya establecía el carácter remunerado del cargo de administrador y el sistema de retribución, un sueldo anual:

"el sistema de retribución del administrador o administradores será el de "sueldo", el cual será fijado para cada ejercicio por la junta de la sociedad".

El apartado 2 del art. 217 LSC advierte que "el sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes", y menciona en primer lugar "a) una asignación fija".

Y en cuanto a la fijación de la remuneración, el apartado 3 del art. 217 LSC, en su primer inciso, prevé que "el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación".

La previsión estatutaria de Eslinga sobre el carácter remunerado del cargo de administrador y el sistema de retribución, mediante un sueldo, se acomoda a esta normativa. Según los estatutos, la junta general debía fijar ese sueldo para cada ejercicio, sin que necesariamente tuviera que hacerse al comienzo del ejercicio. No existe ningún inconveniente en que pudiera hacerse, como en este caso, en diciembre, antes del cierre del ejercicio.

Es cierto que la disposición transitoria primera de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modificó el art. 217 LSC, dispone que las modificaciones introducidas en este artículo, y en otros que se enumeran, "entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2015 y deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad a esta fecha". La Audiencia ha extraído de esta disposición que la fijación del "importe máximo de la remuneración anual" al que se refiere el art. 217.3 LSC debía hacerse en la primera junta general de la sociedad, en concreto en la junta general que tuvo lugar el 30 de junio de 2015, con un efecto preclusivo excesivo.

La *ratio* del art. 217.3 LSC es que ese importe máximo de remuneración anual sea aprobado por la junta general y que rija mientras no se modifique por la propia junta general. Pero tanto la fijación inicial como las eventuales modificaciones no necesariamente han de realizarse con antelación al comienzo del ejercicio al que se pretenda aplicar. También se acomoda a la finalidad del precepto que esta aprobación se haga, como es el caso, muy avanzado el ejercicio económico, pues lo relevante es que la junta preste su autorización o conformidad durante ese ejercicio.

En el marco de esta normativa introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no tiene sentido interpretar su disposición transitoria primera en el sentido de que, para el ejercicio correspondiente al año 2015, si no se realizaba la aprobación de la remuneración máxima en la primera junta general de la sociedad precluía la posibilidad de hacerlo más tarde, dentro del mismo ejercicio.

Por esta razón, el acuerdo adoptado en relación con el punto tercero del orden del día de la junta general celebrada el día 16 de diciembre de 2015, por el que se aprobaba una remuneración anual de la administradora de 6.000 euros brutos debe considerarse válido, al no infringir la reseñada normativa legal y estatutaria.

**SEXTO.** *Motivos segundo y tercero del recurso de casación*





**1. Formulación del motivo segundo.** El motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea y consecuente inaplicación, del art. 220 LSC. Este motivo guarda relación con la estimación de la impugnación del acuerdo cuarto, porque entrañaba una modificación sustancial de la prestación de servicios por parte de Lucía a partir del mes de octubre de 2012, y no constaba que hubiera sido autorizada por ningún acuerdo de la junta.

En el desarrollo del motivo se invoca la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) 138/2017, de 2 de marzo, que desestimó la acción social de responsabilidad ejercitada frente a la administradora de Eslinga, Lucía, por una serie de conductas, que incluía el cobro de estas remuneraciones como directora general. Y en dicha sentencia, se deja constancia de que este incremento de remuneración quedó reflejado en las cuentas de los ejercicios 2012 y 2103, cuya aprobación no fue impugnada por ninguno de los socios.

En este motivo el recurrente cuestiona que el incremento de sueldo de Lucía, como directora general de la compañía, a partir de octubre de 2012 debía ser aprobado por la junta y, en caso afirmativo, si lo había sido.

**2. Formulación del motivo tercero.** El motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea y consecuente inaplicación, de los arts. 190.1.c) y 230.2.2º LSC. La infracción habría sido cometida porque la sentencia recurrida interpreta de forma extensiva el art. 190.1.c) LSC, al equiparar la "concesión de un derecho a un socio" con la aprobación de la retribución como directora general.

En el desarrollo del motivo se centra la controversia en si el deber de abstención consagrado en el art. 190.1.c) LSC es susceptible o no de interpretación extensiva y, por tanto, alcanza a la sociedad Aysel, de la que Lucía es socia única, por la existencia de un conflicto de interés entre esta última y la sociedad, por cuanto el acuerdo impugnado le "concede un derecho" al asignarle un sueldo.

**3. Análisis conjunto de ambos motivos.** Ambos motivos están vinculados en cuanto que impugnan las dos razones aportadas por la sentencia recurrida para estimar la impugnación del acuerdo relacionado con el punto cuarto del orden del día, por el que se aprobaba la retribución que Lucía venía cobrando desde octubre de 2012 como directora general. Se trataba de dos razones no complementarias, sino cumulativas. La primera, que concurría una situación de conflicto de interés prevista en el art. 190.1.c) LSC que privaba de voto a la sociedad Aysel, participada íntegramente por Lucía y representada en la junta por esta última; y la segunda, que se habría infringido el art. 220 LSC, porque se trataba de una modificación sustancial de la prestación de servicios de Lucía, a partir de octubre de 2012, sin que hubiera constancia de haber sido autorizada por la junta.

Vamos a invertir el análisis de los dos motivos, para adaptarlo al orden seguido por la sentencia al aportar estas razones de la estimación de la impugnación del acuerdo cuarto. Analizaremos primero lo relativo a la concurrencia de conflicto de interés y sus consecuencias.

**4. Desestimación del motivo tercero.** El art. 190 LSC, tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, regula primero, en su apartado 1, los supuestos de conflicto de intereses entre la sociedad y los socios que llevan aparejada la privación del derecho de voto; y, después, en su apartado 3, el resto de conflictos de intereses que no llevan consigo la privación del derecho de voto, sino la posibilidad de impugnar el acuerdo cuando el voto haya sido relevante para su adopción y lesione el interés social.

El motivo plantea dos objeciones para que pudiera apreciarse que en este caso, para la adopción del acuerdo de aprobación de la retribución de los servicios que como directora general había prestado Lucía desde octubre de 2012 hasta el 2015, una de las socias (Aysel), en cuanto sociedad unipersonal cuyas participaciones correspondían a Lucía, debía haberse abstenido en la votación por concurrir la causa prevista en el art. 190.1.c) LSC. La primera objeción es que no cabía extender a la sociedad Aysel la causa de abstención y la segunda que no concurre propiamente el supuesto de la letra c) del art. 190.1 LSC.

**5. Respecto de la primera objeción,** es necesario puntualizar que en la junta general de Eslinga celebrada el 16 de diciembre de 2015, en la que se adoptó el acuerdo ahora controvertido, Lucía intervino por la sociedad Aysel. En principio, el conflicto de interés debe concurrir en el socio a quien se pretende privar del derecho de voto. Pero, además de que el socio es una sociedad unipersonal cuya socia única era Lucía, en otras ocasiones lo hemos extendido a quien ejercitó el derecho de voto por la socia.

Así, bajo la regulación del artículo 52 LSRL, que pasó al originario artículo 190.1 LSC, en la sentencia 781/2012, de 26 de diciembre, entendimos que "el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. (...) Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto (...), quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social".



En el presente caso, Lucía, administradora de Eslinga y afectada por el punto cuarto del orden del día que se sometía a votación, intervino en la votación en representación de Aysel, de la que era a su vez socia única. Razón por la cual debemos rechazar esta primera objeción.

**6.** La primera objeción está relacionada con la segunda, que se refiere a la aplicabilidad del supuesto legal de conflicto de interés invocado y apreciado por la sentencia recurrida. En relación con el acuerdo cuarto, la sentencia de apelación aprecia que Lucía estaba incurso en el supuesto previsto en la letra c) del art. 190.1 LSC, que le obligaba a abstenerse en la votación que adoptó ese acuerdo.

El art. 190.1.c) LSC prescribe lo siguiente:

"El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: (...)

"c) liberarle de una obligación o concederle un derecho, (...)".

Como se ha afirmado en la doctrina, la concesión de derechos o la extinción de obligaciones han de someterse al deber de abstención cuando se sitúen en el puro ámbito del contrato de sociedad y, fuera de este, sólo si su origen está en un acto unilateral de la sociedad. La aprobación del sueldo que como directora general ha cobrado la administradora en ese ejercicio 2015 y en los tres anteriores (2012, 2013 y 2014), es una cuestión que está más allá del puro ámbito del contrato de sociedad. Y fuera de la relación societaria del socio con la sociedad, no cualquier acuerdo por el que nazca, se modifique o extinga una relación obligatoria, ya sea de origen contractual o extracontractual, con uno de los socios, permite apreciar un conflicto de intereses que lleve aparejado la privación del derecho de voto de este socio. Sólo en aquellos casos en que la liberación de la obligación o la concesión del derecho tengan su origen en un acto unilateral de la sociedad, pero no cuando lo tengan en una relación bilateral entre el socio y la sociedad de las que surgen recíprocos derechos y obligaciones para ambas partes, como en este caso que se trata de la remuneración de un contrato bilateral de prestación de servicios.

**7.** No obstante lo anterior, el motivo ha de desestimarse por carencia de efecto útil, pues después de apreciar que no resulta de aplicación el art. 190.1.c) LSC, hemos de examinar la siguiente razón de la impugnación del acuerdo que guardaba relación con la lesión del interés social, al hilo de lo prescrito en el apartado 3 del art. 190 LSC. Este precepto, tras advertir que "en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto", añade: "no obstante, cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social". Sin que concurra ninguna de las salvedades que el precepto enumera a continuación.

Partimos de que Lucía, cuando intervino en la junta de Eslinga en representación de Aysel, de la cual es socia única, estaba incurso en un conflicto de interés con Eslinga, en atención al contenido del acuerdo relativo al punto cuarto del orden del día, que le reconocía una retribución bruta como directora general desde octubre de 2012 (algo más de 19.500 euros mensuales), que duplicaba lo que hasta entonces venía cobrando por los servicios que prestaba (8.600 euros mensuales), y a su propia condición de administradora única de Eslinga.

El art. 190.3 LSC en un supuesto como el presente en que concurría una situación de conflicto de interés y el voto emitido por quien se encontraba afectado por este conflicto de interés fue decisivo para la adopción de este acuerdo cuarto, una vez formulada la impugnación fundada en la lesión del interés social, se invierte la carga de acreditar la ausencia de lesión al interés social. Es la sociedad demandada quien debía acreditar que la aprobación de este incremento de sueldo desde octubre de 2012 no lesionaba el interés social.

La referencia a la lesión al interés social se entiende a la totalidad del apartado 1 del art. 204 LSC, por lo que también se produce esta lesión cuando el acuerdo, aunque no cause daño al patrimonio social, sea impuesto de manera abusiva por la mayoría. Y se entiende por esto último que el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad y es adoptado por la mayoría en interés propio y en detrimento de los demás socios.

No sólo no se ha justificado por la sociedad demandada la razonabilidad del acuerdo para la sociedad, sino que lo acreditado en la instancia muestra lo contrario. El incremento de sueldo, que pasa de unos 8.600 euros mensuales brutos a unos 19.500 euros mensuales brutos, responde a asumir las funciones de directora general que se solapan además con las propias del cargo de administradora única, que tiene una retribución propia, y conlleva una carga económica para la sociedad que, aunque pueda ser soportada por la entidad, favorece de forma desproporcionada a quien controla la mayoría de la sociedad en detrimento de la minoría.

**8.** La desestimación del motivo tercero hace innecesario el análisis del motivo segundo, en cuanto que la infracción denunciada afecta a la segunda razón adicional aducida por la Audiencia para justificar la



impugnación del acuerdo que aprobaba el punto cuarto del orden del día. Aunque se llegara a estimar, resultaría inútil, pues no impediría la ineficacia de dicho acuerdo.

**SÉPTIMO.** *Consecuencias de la estimación en parte del recurso de casación*

1. La estimación en parte del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación formulado por Eslinga Sanitaria, S.L., con el resultado de que se tengan por desestimadas las impugnaciones de los acuerdos segundo y tercero, y se mantenga la impugnación del acuerdo cuarto.

2. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal de Eslinga Sanitaria, S.L. conlleva la imposición de las costas generadas por este recurso a la parte recurrente ( art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9.<sup>a</sup>, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La estimación en parte del recurso de casación de Eslinga Sanitaria, S.L. conlleva que no imponamos las costas de este recurso a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8.<sup>a</sup>, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. La estimación en parte del recurso de casación en la medida, en que ha supuesto la estimación en parte del recurso de apelación de Eslinga Sanitaria, S.L., conlleva que no se le impongan las costas generadas por su apelación ( art. 398.2 LEC). Se mantiene el pronunciamiento en costas respecto de la desestimación del recurso de apelación de Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L., que no quedaba afectado por la casación.

4. Desestimadas en parte las pretensiones ejercitadas por Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L. contra Eslinga Sanitaria, S.L., no hacemos expresa condena de las costas de primera instancia ( art. 394 LEC).

**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 interpuesto por Eslinga Sanitaria, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>) de 29 de enero de 2018 (rollo 524/2017).

2.º Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Eslinga Sanitaria, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>) de 29 de enero de 2018 (rollo 524/2017), que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Eslinga Sanitaria, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2017 (juicio ordinario 355/2016), que modificamos en el siguiente sentido.

4.º Estimar en parte la demanda interpuesta por Brassey Inversiones S.L. y Nacavi Gestión Patrimonial S.L. contra Eslinga Sanitaria, S.L., en la que impugnaba los acuerdos 2º, 3º y 4º adoptados en la junta general de 16 de diciembre de 2015, en el sentido de desestimar la impugnación de los acuerdos 2º y 3º, y estimar la impugnación del acuerdo 4º.

5.º Imponer las costas generadas por el recurso extraordinario por infracción procesal a Eslinga Sanitaria, S.L. No hacer expresa condena en costas respecto de los recursos de casación y apelación interpuestos por Eslinga Sanitaria, S.L. No imponer las costas generadas en primera instancia a ninguna de las partes.

6.º Acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para recurrir en 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.