



Roj: **SAP B 4370/2021 - ECLI:ES:APB:2021:4370**

Id Cendoj: **08019370152021100752**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **648/2021**

Nº de Resolución: **782/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA CERVERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120170002765

Recurso de apelación 648/2021 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 01 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 267/2017

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012064821

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012064821

Parte recurrente/impugnada: Belen , Elena

Procurador: Carlos Montero Reiter

Abogado/a: Jordi Calvo Costa, Ana Colorado Arroyo

Parte recurrida/impugnante: Casimiro

Procuradora: Araceli Garcia Gomez

Abogado: Joan Vidal de Llobatera i Geli

Cuestiones.- Abuso de derecho y ejercicio antisocial. Nulidad estatutos.

SENTENCIA núm. 782/2021

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

MANUEL DÍAZ MUYOR

MARTA CERVERA MARTINEZ

En Barcelona, a 29 de abril de 2021

Parte apelante/impugnada: Belen y Elena

Parte apelada/impugnante: Casimiro .

Resolución recurrida: Sentencia

Fecha: 27 de agosto de 2020

Demandante: Belen y Elena .

Demandada: Casimiro y Curogar, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Se desestima la demanda presentada por D. Belen y Elena contra Casimiro y contra la sociedad CUROGAR SA, absolviendo a los demandados de los pedimentos de la actora.

No se efectúa especial imposición de las costas procesales causadas."

SEGUNDO. Contra la anterior resolución interpuso un recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante. Del recurso se dio traslado a la parte contraria, que presentó un escrito de oposición e impugnación de la sentencia, del que se dio trámite. Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el 8 de abril de 2021.

Ponente: magistrada Marta Cervera Martínez.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. Belen y Elena interpusieron una demanda contra Casimiro y Curogar, S.A., ejercitando de forma acumulada dos acciones: (i) la acción de indemnización de daños y perjuicios por la existencia de una situación de abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo atribuible al socio Casimiro, cuantificando el daño ocasionado a las actoras en la cantidad de 180.184,01 euros, y (ii) una acción de nulidad de los artículos 20 (en su totalidad) y 28 (en la parte que dice " *El Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus miembros*") de los estatutos sociales de Curogar, S.A. como consecuencia de la situación de abuso del derecho del socio. De forma subsidiaria, se interesaba la declaración de la nulidad de pleno derecho de los citados artículos 20 y 28 de los estatutos sociales de Curogar, S.A. (en los términos expuestos) por contrariar la normativa de las sociedades anónimas al exigir, de facto, la unanimidad para la válida constitución del Consejo de Administración y la Junta de Socios, y la unanimidad para la adopción de acuerdos, lo que supone atribuir un derecho de veto a cada uno de los tres socios.

2. La parte actora alegó que la sociedad Curogar, S.A. se encontraba incurso en causa de disolución por paralización de acuerdos sociales, que no se había celebrado junta alguna desde el 24 de mayo de 2012 por falta de quórum (documento nº 37), al exigir el artículo 20 de los estatutos sociales el 80% del capital social en primera convocatoria y el 70% del capital social en segunda. Por lo que no se habían podido aprobar las cuentas anuales de los ejercicios 2012 a 2015 (documentos nº 72 a 75), ni puede acordarse el reparto de dividendos, como establece el artículo 33 de los estatutos sociales, pese a que la sociedad opera con absoluta normalidad y genera beneficios, lo que ocasiona un daño a las actoras. Considera que la conducta del demandado, que renunció al cargo de administrador sin procurar su sustitución y su inasistencia injustificada a las juntas de socios desde el año 2013, debe ser calificada como una conducta abusiva ocasionadora de un daño a los accionistas ante la falta de adopción de acuerdos, entre ellos, el de reparto de beneficios, todo ello como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 20 y 28 de los estatutos sociales que, en síntesis, obligan a que todos los socios acudan a la junta de socios y todos los administradores al Consejo de administración para estar válidamente constituidos los órganos y poder adoptar acuerdos. Por ello, de forma principal, solicita la declaración de abusividad de la conducta del demandado y consecuencia de la misma, la nulidad de los preceptos estatutarios citados, y, de forma subsidiaria, se ejercita una acción por la que se solicita la nulidad absoluta de los citados artículos por contradecir normas imperativas de la LSC.

3. La demandada contestó a la demanda negando tanto la conducta abusiva imputada como los efectos pretendidos. Por un lado argumentó que la inasistencia a las juntas era por motivos justificados, bien porque no había sido convocado bien por infracción de su derecho de información como socio, y que el cese como administrador vino motivado por la existencia de irregularidades en la gestión de la sociedad Curogar, S.A. imputable a las actoras. Niega que pueda declararse la nulidad de los artículos 20 y 28 de los estatutos sociales, no solo por carecer de relación alguna con la conducta abusiva que se le imputa, por cuanto se trata de unas normas de funcionamiento de los órganos sociales libremente pactadas por los tres hermanos y accionistas en el año 2003, perfectamente pensada para que los acuerdos de la sociedad se adoptaran con la conformidad de todos los accionistas, dentro de una operación de redistribución de las acciones, además de que tales pactos son respetuosos con las normas de la LSC. Se alega que el presente procedimiento tiene por objetivo alcanzar el control de la sociedad por parte de las actoras ante la desestimación de la demanda interpuesta contra el demandado intentando revocar la donación de acciones efectuada en el año 2003 por la que los tres hermanos pasaron a tener la misma proporción de participación en la sociedad.

4. La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda sin imposición de costas a la actora al apreciar dudas de hecho. En cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios por ejercicio abusivo del derecho del socio imputable al demandado, considera que éste ha llevado a cabo una conducta abusiva para con el resto de socios de Curogar S.A., pero considera que no hay daño en la forma detallada por las actoras, consistente en la falta de reparto de los beneficios por cuanto estos permanecen en el patrimonio social a modo de reservas y no se puede presuponer que el contenido de la Junta sea repartir dividendos, además sostiene que en todo caso el hipotético daño se extiende también al demandado, que como socio minoritario se ve privado del reparto de dividendos. En cuanto a la acción de nulidad de los pactos estatutarios se desestima por cuanto era conocido por los socios y no existe vínculo causal entre la nulidad y el pretendido abuso de derecho. Argumenta que los arts. 20 y 28 de los Estatutos no vulneran las normas imperativas reguladoras del tipo societario de las sociedades anónimas al exigir de facto la unanimidad en la constitución de la juntas y en la aprobación de acuerdos del Consejo de Administración.

SEGUNDO. Motivos de apelación.

5. La sentencia es recurrida por la parte demandante reproduciendo los argumentos dados en la instancia:

1º) Insiste en la conducta con evidente abuso de derecho de Casimiro al no asistir a las Juntas de accionistas sin motivo alguno y al renunciar al cargo de miembro del Consejo de administración de Curogar impidiendo su celebración por falta de quórum, lo que debe calificarse como un ejercicio antisocial de los derechos de socio. Esta falta de asistencia produce un claro daño a los socios, al no poder repartir dividendos desde 2013, al propio demandado, al no poder ejercitar sus derechos de socio como son el de asistencia, voto o información, e igualmente impide la aprobación de cuentas con las consecuencias que ello conlleva en cuanto a la responsabilidad del órgano de administración y la imposibilidad de obtener financiación de entidades bancarias.

2º) Considera que la renuncia es antisocial porque viene motivada porque al ser administrador tenía obligación de asistir a los consejos y a las juntas generales, pero al renunciar a tal condición y permanecer solo como accionista puede no asistir a las juntas y bloquear el funcionamiento de la sociedad, lo que implica un ejercicio abusivo del derecho. Se indica que al cesar en su cargo de administrador no facilitó su sustitución como consejero y la inasistencia a la junta impedía su renovación por lo que la actora Belen tuvo que donar acciones a su hijo Hernan para, adquiriendo la condición de socio, pudiera ser nombrado consejero por cooptación en sustitución del demandado.

3º) Como consecuencia de la conducta abusiva considera la recurrente que procede indemnizar a las actoras en la suma reseñadas por la falta de reparto de beneficios así como declarar nulos los arts. 20 y 28 de los Estatutos Sociales.

4º) De forma subsidiaria, interesa la nulidad de los citados artículos por infringir normas imperativas de la LSC (art. 200, 201 y 248) al exigir de facto unanimidad para la válida constitución del Consejo de Administración y de la Junta de Socios, y unanimidad en la adopción de acuerdos en ambos órganos sociales. Se alega igualmente que tales artículos son contrarios a otros pactos contenidos en los propios estatutos que permiten adoptar los acuerdos por mayoría (artículos 17 y 28) y a los principios configuradores del tipo social escogido.

5º) Por ello se interesa la nulidad de los preceptos debiendo sustituirse la regulación estatutaria, que debe declararse nula, por los quóruns de constitución de los Consejos de Administración y de las Juntas Generales a la regulación que de ello hacen las disposiciones legales relativas a la Junta de Socios (artículos 193 y 194 de la LSC) y el Consejo de Administración (artículo 247 de la LSC).

6. La parte demandada se opone al recurso de apelación planteado de adverso invocando los argumentos aducidos en la contestación a la demanda:

1º) Reitera que los pedimentos jurídicos de la demanda no se corresponden con el relato fáctico contenido en la misma lo que la hace incomprensible y que se trata de un procedimiento instrumental destinado a obtener el control efectivo de Curogar, S.A. y a apartar al demandado de la sociedad. Y todo ello ante el fracaso de la anterior demanda dirigida en su contra por la que se pretendía la revocación de la donación de acciones llevada a cabo en el año 2003 por la que se redistribuía equitativamente la participación en la sociedad de los tres hermanos. Además que si realmente existe una situación de un abuso de derecho desde julio de 2013, fecha en la que el demandado renuncia al cargo y deja de asistir a las juntas, nada han hecho las actoras hasta el 2017 cuando se interpone la presente demanda, puesto que durante ese tiempo estaba en trámite el anterior procedimiento que tenía la misma finalidad espuria.

2º) Se invoca el efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en el procedimiento de revocación de donación, Sentencia, nº 146/2016, de 27 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 57 de Barcelona en los autos de procedimiento ordinario 690/2014, por la que se desestimó la acción de revocación por ingratitud de la donación efectuada por la Elena al demandado el día 27 de octubre de 2003 y que consistió en determinadas acciones de la sociedad Curogar, S.A. que la resolución recurrida examina con detalle para concluir que son actos reveladores de una intensa conflictividad familiar por cuestiones económicas que no determinan o tiene la gravedad suficiente como para revocar la donación. Dicha resolución ha sido confirmada por la Sentencia nº 440/2018 de 16 de octubre de 2018, dictada por la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona e inadmitidos sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal por Auto dictado por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 21 de febrero de 2019, recurso nº 215/2018.

7. La demandada impugna la sentencia en cuanto a la condena en costas por considerar que ante la desestimación de las pretensiones de la actora procedía su imposición sin que concurren las dudas aducidas por la juez de instancia.

La actora se ha opuesto a la impugnación interesando su desestimación.

TERCERO. De los hechos declarados probados.

8. Para contextualizar el conflicto es necesario partir de los hechos que han sido declarados probados en la sentencia y que resultan de la documental obrante en autos, así la resolución recurrida recoge los siguientes:

"1º.- La sociedad CUROGAR SA fue constituida el 13 de diciembre de 1993, y forma parte del grupo societario perteneciente a la familia Casimiro Elena Belen .

2º.- El 31 de enero de 2002, D. Nicanor , fundador de la empresa, donó a sus tres hijos, hoy en litigio, el siguiente número de participaciones sociales: a D. Casimiro , 15.584, a Doña Belen , 15.625 y a Doña Elena , 31.249 participaciones sociales.

3º.- El 24 de julio de 2003, los socios de CUROGAR ampliaron capital social, modificando el órgano de administración, que pasó a ser un Consejo de Administración, nombrando como miembros de dicho Consejo a Doña Elena (Presidente), D. Casimiro (Secretario) y Doña Belen (vocal y consejera delegada).

4º.- El 19 de septiembre de 2003, los socios de CUROGAR acordaron transformar la sociedad limitada en una sociedad anónima, modificando los estatutos sociales de la misma. En lo que al presente pleito respecta, son de interés los artículos 20, 28 y 33.

5º.- Dispone el artículo 20 de los estatutos sociales que " La Junta General de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria, cuando los accionistas presentes o representados posean al menos el 80% del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria, quedará válidamente constituida la junta cuando concurren accionistas presentes o representados que posean el 70% del capital suscrito con derecho a voto."

6º.- Dispone el artículo 28 de los estatutos sociales que "para ser miembro del órgano de administración será necesario ser accionista (...). El Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados por otro Consejero, la mitad más uno de sus miembros. La representación se conferirá mediante carta dirigida al Presidente. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los asistentes a la reunión (...).

7º.- Establece el artículo 33 de los estatutos sociales que "La Junta General deberá acordar el reparto de un dividendo mínimo del 50% de los beneficios netos anuales repartibles, una vez cubiertas las atenciones legales."

8º.- En la misma fecha, el 19 de septiembre de 2003, mediante protocolo posterior, los accionistas de CUROGAR acordaron adjudicar a los socios las "nuevas" acciones derivadas de la conversión en sociedad anónima, en forma proporcional a su participación social.

9º.- El 27 de octubre de 2003, los tres hermanos Casimiro Elena Belen suscribieron el documento privado adjunto como nº 7 en el que Doña Elena realiza donación pura, simple, perfecta e irrevocable inter vivos, a favor de D. Casimiro de 3.542 acciones de CUROGAR, y a favor de Doña Belen , de 3.542 acciones de la misma. De esta forma, el capital social quedó dividido en un 33,33% para cada uno de los socios.

10º.- El 22 de julio de 2013, D. Casimiro remite burofax a la presidenta del Consejo de Administración de CUROGAR (adjunto como documento nº 8) en el que renuncia al cargo de Consejero y en consecuencia al de Secretario, exponiendo un total desconocimiento sobre la evolución de la compañía y sus negocios, así como una discrepancia con las actrices sobre el modelo de gestión del negocio.

11º.- Las cuentas anuales de la compañía correspondientes a los ejercicios 2008 al 2011 habían sido aprobadas sin oposición alguna. La sociedad no ha aprobado cuentas de los ejercicios 2012 y siguientes.

12º.- Los tres socios de CUROGAR son, a su vez, socios y administradores de las restantes sociedades que integran el patrimonio familiar Nicanor Elena Belen Casimiro . Tras el fallecimiento de su progenitor, D. Casimiro hereda los bienes de su padre en mayor proporción que sus hermanas, siendo de especial relevancia que posee el 60% del capital social de CURFICO SL, la empresa holding del grupo.

13º.- Existen diversos conflictos societarios entre las partes en litigio. En el año 2013, D. Casimiro interpuso demanda contra las dos actrices solicitando la división de dos cuentas conjuntas que los tres hermanos hallaban en suiza, en BIL y en SG (procedimiento ordinario nº 15/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Barcelona, sentenciado en fecha 14 de abril de 2014 y posteriormente, por la Audiencia Provincial, Secc. 17ª, el 22 de febrero de 2016).

14º.- El 24 de julio de 2013, Dª Elena , como presidenta del Consejo de Administración de CUROGAR remitió burofax convocando al Consejo para el 1 de agosto de 2013, a fin de aprobar las cuentas anuales de 2012. D. Casimiro no asistió a la misma.

15º.- El 16 de septiembre de 2013, Dª Belen remitió burofax a D. Casimiro (documento nº 22) anunciando la convocatoria de junta general de socios el 17 de octubre de 2013, en primera convocatoria, y el 18 de octubre de 2013, en segunda convocatoria mediante anuncio publicado en el Borme.

16º.- El 4 de octubre de 2013, D. Casimiro remitió a Dª Belen burofax (documento nº 23) manifestando un total desconocimiento sobre la gestión de CUROGAR, y afirmando que la situación es similar al bloqueo producido en la entidad VIC RESIDENCIAL SL.

17º.- Llegados los días 17 y 18 de octubre de 2013, la junta general de CUROGAR no pudo celebrarse ante la incomparecencia de D. Casimiro , por cuanto el artículo 20 de los estatutos sociales impone una mayoría reforzada del 80% y 70%, en primer y segunda convocatoria.

18º.- El 26 de mayo de 2014, se publicó en el BORME y en la prensa el anuncio de la convocatoria de junta de socios de CUROGAR a celebrar en primera convocatoria el 27 de junio de 2014, y en segunda convocatoria el 30 de junio de 2014 (documento nº 32), remitiendo burofax a D. Casimiro (documento nº 33), quien de nuevo no asistió a la junta.

19º.- A fin de evitar la situación de bloqueo del Consejo de Administración, Dª. Belen donó a su hijo D. Hernan 200 acciones nominativas de CUROGAR, y en virtud del mecanismo de la "cooptación" previsto en el artículo 244 TRLC se le nombra Consejero de la Compañía.

20º.- El 31 de marzo de 2015, se reúne el Consejo de Administración de la Compañía para formular las cuentas anuales de CUROGAR de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 (documento nº 38).

21º.- El 29 de junio de 2015, se celebra nuevo Consejo de Administración convocando junta para la aprobación de cuentas anuales de los ejercicios 2012 a 2014 así como el nombramiento de consejeros, entre otras cuestiones. El 30 de junio de 2015 se remite burofax a D. Casimiro (documento nº 40) informando de la convocatoria de junta general de accionistas ordinaria y extraordinaria el 29 de septiembre de 2015, en primera convocatoria, y el 30 de septiembre de 2015, en segunda convocatoria.

22º.- El 21 de septiembre de 2015, D. Casimiro remite burofax solicitando una serie de información y documentación para asistir a la junta (documento nº 42). Tratando las partes de alcanzar una solución amistosa al conflicto, se aplaza la celebración de la junta por acuerdo de 25 de septiembre de 2015 (documento nº 43), siendo pospuestos también los efectos del requerimiento de información.

23º.- Al no alcanzar acuerdo alguno las partes, el 31 de marzo de 2016 se celebra reunión del Consejo de Administración de CUROGAR en la que se formulan las cuentas anuales de 2015 (documento nº 44).

24º.- El 17 de mayo de 2016, se celebra nueva reunión del Consejo de Administración de CUROGAR con el fin de convocar junta general de accionistas para el 29 de junio de 2016 en primera convocatoria y el 30 de junio de 2016 en segunda convocatoria, para aprobar las cuentas anuales de los ejercicios 2012 a 2015 y la retribución del Consejero de 2012 a 2014 (documento nº 45).

25º.- Tras ser convocado D. Casimiro, remite burofax el 2 de junio de 2016 (documento nº 48) solicitando información y documentación, indicando cuanto sigue a continuación: "En cuanto a las observaciones que realizan en el Acta del Consejo adjunta a la convocatoria, tan solo indicarles que en los que en realidad hace imposible la asistencia y voto en las juntas es la falta de información, no habiendo conseguido nunca este socio ser informado de las retribuciones por todos los conceptos que reciben los consejeros; es esa falta de información la que ha impedido formar la voluntad de voto necesaria para la asistencia a las juntas".

26º.- En fecha 6 de junio de 2016, la Presidenta del Consejo de Administración de CUROGAR le remite por correo electrónico la información solicitada (documento nº 49) y en fecha 17 de junio de 2016, el Notario D. Xavier Roca Ferer se la remite por correo certificado con acuse de recibo (documento nº 50).

27º.- El 23 de junio de 2016, D. Casimiro remite burofax requiriendo información adicional (documento nº 51), contestando el 28 de junio de 2016 por CUROGAR (documento nº 52).

28º.- En la fecha prevista no cabe celebrar la junta general ni en primera ni en segunda convocatoria por la falta de asistencia de D. Casimiro (documento nº 53).

29º.- El 30 de junio de 2016, se celebra un Consejo de Administración en el que se acuerda emprender el ejercicio de acciones legales contra D. Casimiro por la situación de bloqueo de la sociedad (documento nº 54).

30º.- El 4 de julio de 2016 D. Casimiro remite burofax a CUROGAR (documento nº 55) en el que afirma que no le fue entregada la documentación requerida, y que ése fue el motivo de no asistir a la junta. Se indica expresamente: "con esa información no puedo facilitar la adopción de acuerdos que acuerden la ratificación de cobros que desconozco ni de futuros cobros de importes que asimismo desconozco".

31º.- CUROGAR responde a dicho burofax el 15 de julio de 2016 (documento nº 56) indicando que la información solicitada figura en las cuentas anuales que fueron remitidas hasta en tres ocasiones, por carta certificada, e-mail y conducto notarial).

32º.- Con posterioridad, entre el 30 de noviembre de 2016 y el 30 de diciembre de 2016 las partes se han intercambiado diversos burofaxes relativos a algunos inmuebles propiedad de CUROGAR que el demandado disfrutaba en precario y cuya posesión ha restituido el 1 de enero de 2017."

CUARTO. De la acción de indemnización de daños y perjuicios por abuso de derecho.

9. Tras las aclaraciones solicitadas por la parte demandada en la contestación a la demanda, la parte actora en el acto de audiencia previa concreta las acciones que se ejercitan, tal y como las hemos relatado anteriormente. Ciertamente se habla de una acción autónoma de abuso de derecho y ejercicio antisocial del derecho para lo que debemos acudir al Código Civil que en su art. 7.1 establece que los "derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe", entendiendo la buena fe como en una corrección de la conducta, y no en una simple falta de reproche legal por la ignorancia sufrida por una persona. También debemos tener presente el art. 7.2 CC, que dispone: "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

10. Sobre el abuso de derecho destacar la STS 14 de febrero de 2018 (ToI 6.516.575) cita la jurisprudencia sobre la materia (sentencias 422/2011, de 7 de junio, 567/2012, de 26 de septiembre, 159/2014, de 3 de abril, y 58/2017, de 30 de enero, y las en ellas citadas), indicando que la apreciación del abuso de derecho exige: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Añade que "la apreciación del abuso de derecho no exige que concorra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto del TRLSC, por cuanto que, como se ha dicho, se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara y que dará lugar, de

acuerdo con lo solicitado por el perjudicado, a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, por aplicación del art. 7.2 del Código Civil".

11. Las actoras identifican dos conductas del demandado como reveladoras de la situación de abuso, por un lado la renuncia al cargo de administrador y, por el otro, la inasistencia sistemática a las juntas de socios. Consideran que con ello se ha producido un bloqueo social, que fue la intención de aquél, impidiendo la aprobación de cuentas y adopción de acuerdos desde el año 2013. Se alega que la voluntad del acuerdo alcanzado entre los hermanos Casimiro Elena Belen en el año 2003 fue estar presentes los tres en las Juntas Generales para poder ser oídos, pero no que se modificaban las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, pero dada la distribución del capital social *de facto* se estaba pactando la necesidad de tomar las decisiones por unanimidad por cuanto, el socio que quería votar en contra de un acuerdo, tenía suficiente con no asistir a la Junta y de esa manera la Junta no quedaría constituida y el acuerdo no podría adoptarse, lo que es contrario a la normativa aplicable. Lo mismo ocurriría con el Consejo de Administración, según el artículo 28, de no estar presentes los tres hermanos y socios, nunca podría constituirse válidamente el Consejo de Administración.

12. Alega además que la nulidad de los preceptos no comporta daño alguno a la sociedad ni a ninguno de los socios, sino, al contrario, es beneficiosa tanto para los socios como para la propia sociedad, y por otra parte, da coherencia al resto de los artículos estatutarios, en especial al derecho de voto que tiene todos los socios, del que ahora se ven privado por el absentismo de uno de los socios que, con su actuación, ha puesto de manifiesto la ilegalidad del precepto por ser contrario al artículo 200 LSC, y exigir la unanimidad en la adopción de los acuerdos sociales, lo cual comporta su nulidad por carecer de causa, o ser ésta ilícita.

13. El demandado justifica su conducta en el comportamiento de las actoras, puesto que renunció al cargo de administrador por desavenencias en la gestión llevada a cabo por las hermanas y no asistía a las juntas o por no ser convocado o por falta de información requerida.

14. A la vista de lo expuesto deducimos que las actoras -socias mayoritarias- están ejercitando una especie de acción de responsabilidad frente al demandado -socio minoritario- por unos presuntos daños que aquel con su conducta les está ocasionando y que se centra en la imposibilidad de reparto de beneficios, cifra en la que se cuantifica el daño. Le están exigiendo un estándar de comportamiento leal para con el resto de socios que les permita adoptar los acuerdos de su interés. Ello nos lleva a reflexionar sobre si al socio se le puede exigir ese deber de lealtad y, para el caso que eso sea posible, frente a quien debe respetarlo, frente a la sociedad o frente a los socios, o dicho de otro modo, a quien debería ocasionar daño con su conducta no leal, puesto que en el caso que nos ocupa las actoras admiten que la sociedad no ha sufrido daño puesto que ha continuado operando todos estos años con normalidad, a pesar de la conducta del socio.

15. Como sabemos, el artículo 227.1 LSC regula el deber de lealtad de los miembros del órgano de administración con la sociedad, que deberán desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Pero no encontramos en la regulación del estatuto del socio un precepto equivalente del que se desprenda un determinado deber de conducta del socio para con la sociedad ni mucho menos respecto del resto de socios, sino que el socio podrá ejercitar libremente sus derechos en atención a sus intereses particulares y no atendiendo ni a los de la sociedad ni a los del resto de socios, incluso en contra de ellos. Por ello, al no existir un deber de lealtad del socio, no existe una sanción ni reprimenda específica en el caso de un comportamiento abusivo de sus derechos, lo que no quiere decir que no se pueda aplicarse el principio general de la buena y del abuso de derecho ex art. 7 CC, cuando su conducta, activa u omisiva, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de su derecho con daño para tercero.

16. Podemos encontrar en la actividad ordinaria de las sociedades supuestos claros de uso indebido de los derechos del socio, especialmente en el caso del derecho de voto, pero la cuestión estriba en si la ley prevé sanción o reprimenda para ello. Así el socio mayoritario puede hacer un uso indebido de su derecho de voto en contra del interés de la sociedad y en perjuicio del resto de socios cuando lleva a cabo una conducta obstruccionista impidiendo la aprobación de acuerdos necesarios para el devenir normal de la sociedad, como la aprobación de cuentas, o cuando aprueba acuerdos perjudiciales para la minoría, como el no reparto de beneficios o aprobación de retribuciones excesivas para los administradores. En estos casos, esta conducta estaría sancionada en la LSC a través de la impugnación de acuerdos sociales cuando aquellos lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros o cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría (art. 204.1 LSC). Continúa el precepto indicando que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. Por lo tanto, la LSC ya sanciona la conducta abusiva de la mayoría.



17. Pero también la minoría puede llevar a cabo una conducta obstruccionista, como en el caso que nos ocupa, cuando para alcanzar ciertos acuerdos es necesaria una mayoría reforzada y deja de asistir a la junta o asistiendo no vota. Pero esta conducta no está sancionada en la LSC ni hay posibilidad de ser corregida, puesto que el socio en general, y el minoritario en particular, puede ejercitar libremente sus derechos, atendiendo a sus intereses y no a los de la sociedad ni a los de los otros socios, debe ejercitarlos dentro de los límites de la buena fe y dentro de los límites normales de su derecho, que en nuestro caso comprende tanto asistir como no asistir a las juntas o votar o no votar en ellas. En abstracto, la no asistencia a las juntas -que es una de las conductas que se imputa- no ocasiona daño ni a la sociedad -que además no se alega- ni al resto de socios ni supone una violación de normas imperativas de la LSC, del tipo social ni del contrato que une a los socios. Lo mismo podemos afirmar de la renuncia al cargo de miembro del consejo de administrador, puesto que la renuncia es libre, máxime si tenemos en cuenta las responsabilidades que lleva a aparejado, por lo que es lícito que, si no estaba conforme con la gestión de la sociedad, pudiera apartarse de ésta y de las eventuales responsabilidades que se pudieran derivar con terceros.

18. Por ello, difícilmente las conductas imputadas al demandado pueden dar lugar a una situación abusiva generadora de la indemnización que se solicita o de la nulidad de preceptos estatutarios interesada. Se trata de un simple desencuentro entre dos grupos de socios que debe ser resuelto de acuerdo con las reglas societarias, sin que pueda descartarse entre ellas la necesidad de disolver la sociedad por la paralización de los órganos sociales.

19. Es cierto que en el art. 28 de los estatutos se indica que solo podrán ser miembros del órgano de administración los socios, siendo en aquel momento los tres hermanos, y que para su válida constitución se requiere la mitad más uno de consejeros presentes, lo que tras la renuncia del demandado sin que se cubriera su ausencia dejaba al consejo de administración sin posibilidad de operar, al no poderse constituir. No es menos cierto que tal situación se soluciona tras la donación de acciones por parte de una de las socias a su hijo y su entrada en el órgano de administración por cooptación. Por ello, partiendo de que la renuncia al cargo como tal no ha generado daño alguno ni a la sociedad ni a los accionistas, se han activado las medidas de protección de la LSC que han permitido superar y tutelar esta situación de acefalia transitoria cubriendo finalmente el cargo de consejero vacante.

20. La falta de asistencia a las juntas, por sí, tampoco supone una conducta abusiva. El socio, en atención al art. 93 LSC, tiene derecho a asistir a las juntas de socios dónde podrá ejercitar sus otros derechos como el de información, voto o participación; pero puede no hacerlo, es un derecho no un deber. El demandado, ante una situación evidente de conflicto familiar, opta por no asistir a las juntas si no se cumplían sus exigencias de convocatoria o de información previa. Entendemos que tales justificaciones son suficientes y válidas, e incluso innecesarias puesto que un accionista puede decidir no participar en la marcha de la sociedad, sin que ello en abstracto genere daño alguno, más que al propio socio que no acude a las juntas donde no podrá ejercer su derecho de información durante aquella ni su derecho de voto ni otros relacionados con los asuntos que allí se discutan, como puede ser una ampliación de capital o la censura de la gestión social. No se aprecia, por tanto, que la falta de asistencia genere daño que dé lugar a hablar de una conducta abusiva.

21. La actora vincula el abuso del demandado con la redacción dada por las partes a los artículos impugnados que obligan a la asistencia de todos los socios para la válida constitución de la junta y la asistencia de todos los miembros del órgano de administración para la válida constitución del Consejo de administración. No podemos compartir esta interrelación, puesto que una cosa es la conducta del demandado y si *per se* es abusiva o no, o si es reprochable o no lo es, y la otra es la forma de organizarse la sociedad libremente pactada por los socios en el año 2003 y que ha sido la forma de funcionar durante más de 10 años. Son los hermanos, que libremente deciden establecer unas estrictas normas de funcionamiento, el 19 de septiembre de 2.003, los que decidieron en junta de accionistas la modificación de los estatutos sociales, incluyendo el artículo 20, con lo que se pasó a exigir para la válida constitución de la junta la concurrencia de un 80% de los accionistas en primera convocatoria, y de un 70% en segunda convocatoria y el 27 de octubre de 2003 se lleva a cabo la donación de acciones de Curogar por parte de Elena a Casimiro y Belen , a los efectos llevar a cabo una distribución equitativa de la sociedad entre los tres hermanos.

22. La intención de los socios es clara y así se ha reconocido tanto en este procedimiento como en los anteriores entre Elena y Casimiro por el que se pretendía la reversión de la donación. A través de la distribución de capital y de los pactos estatutarios pretendían que los tres hermanos accionistas debían estar presentes y adoptar las decisiones por unanimidad tanto en la junta de socios como en el órgano de administración debía actuar siempre con la presencia de todos ellos, puesto que debían tener tal condición.

23. La actora no puede basar el abuso que imputa al demandado en unas normas de funcionamiento orgánico libremente pactadas y asumidas por todos los socios durante largo tiempo, es decir, en el cumplimiento del contrato social, del interés social. Normas que se han aplicado por las actoras de forma pacífica durante más

de 10 años y de las que se ha beneficiado, como el resto de socios, pudiendo ser parte siempre en todas las decisiones de la sociedad. No es ésta la base para analizar la conducta del demandado puesto que se trata de dos esferas diferentes, por un lado el ejercicio del derecho del socio de asistir o no a las juntas y del administrador de renunciar al cargo, y por el otro, la forma de funcionamiento de la sociedad libremente escogida de común acuerdo por los socios.

24. Insisten las actoras en el daño que les causa la conducta del demandado por la falta de reparto de dividendos, teniendo como socias derecho a ello. Debemos recordar que la falta de acuerdo y el conflicto familiar existente es lo que lleva a no poder resolver sobre el reparto de dividendos, que es lo que persiguen las actoras, y que el art. 93 a/ LSC reconoce al socio el derecho a participar en los beneficios, si bien ese derecho no puede considerarse como un derecho incondicional a que sean repartidos todos los beneficios, sino es una mera expectativa, ya que es preciso que la junta general, el órgano competente para ello, resuelva sobre si ha de haber reparto y en qué medida (arts. 160.a y 273.1 LSC). En este sentido nos pronunciábamos en las Sentencias de esta Sección de 30 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:12093 y ECLI:ES:APB:2020:12096) donde recordábamos que es la Junta libre para decidir si se distribuye el resultado o se atesora, con el límite del abuso de la mayoría, el cual no se da en nuestro caso, sino que las partes decidieran que ésta decisión, como todas las demás concernientes a la sociedad se adoptaran por todos los socios, los tres hermanos.

25. Por todo lo expuesto es por lo que no apreciamos abuso en la conducta del demandado ni se pueden anudar a ella los efectos pretendidos por la parte actora, ni la indemnización de daños y perjuicios ni la nulidad de parte de los estatutos sociales, por lo que se desestima el recurso de apelación.

QUINTO. De la nulidad de los artículos 20 y 38 de los estatutos sociales.

26. De forma subsidiaria a la acción por abuso de derecho, las actoras ejercitan una acción autónoma de nulidad de los artículos 20 y 28 de los estatutos sociales de CUROGAR, S.A., en la medida que tales preceptos conllevan la exigencia de unanimidad en la práctica para la adopción de acuerdos, lo que contraviene el artículo 200.1º de la LSC, puesto que en atención a la forma en que está distribuido el capital entre ellos, en la práctica se impone la unanimidad para todo tipo de acuerdos. Por ello, al entender de la parte actora, la cláusula estatutaria es nula desde su incorporación a los estatutos en el momento fundacional de la sociedad.

Valoración del tribunal

27. El artículo 200 de la Ley de Sociedades de Capital, que la actora estima infringido, dispone que *"para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad"*.

28. La Ley permite que los estatutos contemplen mayorías reforzadas, esto es, superiores a la mayoría ordinaria del artículo 198 LSC o a la mayoría legal reforzada prevista en el artículo 199 LSC. La mayoría reforzada estatutaria puede contemplarse para todos o algunos de los asuntos pero en ningún caso puede pactarse en los estatutos una mayoría de votos inferior a la contemplada en la Ley. En todo caso, la facultad de modificar las mayorías legales tiene como límite la prohibición expresa de un régimen estatutario que implique la **unanimidad** en la toma de decisiones. Como ha señalado reiteradamente la DGRN, no se puede hacer depender el funcionamiento institucional de la compañía de la voluntad de todos y cada uno de los socios: esta circunstancia contravendría un punto clave de la estructura y organización de las sociedades de capital. En ese caso se impediría la necesaria independencia orgánica y de funcionamiento entre éstos y aquélla. En este sentido nos hemos pronunciado en la Sentencia de 29 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:14025).

29. En el caso que nos ocupa, el artículo 20 de los estatutos sociales eleva el quórum de constitución de la Junta General de accionistas que quedará válidamente constituida en primera convocatoria, cuando los accionistas presentes o representados posean al menos el 80% del capital suscrito con derecho a voto, y en segunda convocatoria, cuando concurren accionistas presentes o representados que posean el 70% del capital suscrito con derecho a voto. Por su parte el artículo 28 de los estatutos sociales prevé que se debe ser accionista para ser miembro del órgano de administración y que el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados por otro Consejero, la mitad más uno de sus miembros. La representación se conferirá mediante carta dirigida al Presidente y los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los asistentes a la reunión.

30. Por ello los citados preceptos no contemplan la **unanimidad en la adopción de acuerdos**, sino una mayoría reforzada para la constitución válida de la junta general, permitida por el art. 193 y 194 LSC en las sociedades anónimas, donde prevé unos quóruns mínimos que pueden ser reforzados en los estatutos. En cuanto al funcionamiento del Consejo de administración es respetuoso con el art. 247.2 LSC que prevé que el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales y con el 248 LSC que prevé que los acuerdos del consejo de administración se adopten

por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, finalmente recordar el artículo 245 LSC que en su apartado 2º permite en la sociedad anónima, cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, que el consejo de administración regule su propio funcionamiento.

31. Por ello, tales pactos estatutarios no están imponiendo la unanimidad ni son contrarios a normas imperativas ni a los principios configuradores del tipo social elegido, sino que simplemente los estatutos, aprobados por los accionistas, prevén dentro de la norma unos quórum de constitución reforzados, lo que es habitual en las sociedades anónimas cerradas como la que aquí nos ocupa. El hecho de que como consecuencia de la distribución de capital existente en la actualidad ello obligue a los socios al voto conjunto y unánime, se trata de una decisión consciente de cada uno de ellos puesto que fue en el año 2003 cuando, tras un ajuste en la distribución de capital y las citadas modificaciones estatutarias, se imponía esta forma de funcionar, de forma que cada uno de los socios tiene un derecho de veto sobre todos los acuerdos y cada uno de ellos puede bloquear el funcionamiento de la sociedad bien no asistiendo a las juntas bien votando en contra.

32. En la citada Sentencia de 29 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:14025) nos enfrentamos a un caso similar en el que concluimos *"12. Sin embargo entendemos que la cláusula impugnada respeta el texto legal, en tanto en cuanto no contradice el principio mayoritario en la formación de los acuerdos colectivos y no exige la unanimidad. Simplemente refuerza las mayorías legales, exigiendo para todos los acuerdos el voto favorable de dos tercios del capital social. El análisis de la cláusula debe realizarse en abstracto, esto es, desligada de la situación fáctica en la que se encuentre la sociedad y de cómo se reparta el capital social en un momento determinado. La composición social puede variar, dado que se pueden producir cambios en la titularidad de las participaciones. La validez de la cláusula no puede depender de que, en función de cómo se distribuya el capital social, se pueda alcanzar o no la mayoría estatutaria. Aunque podamos llegar a concluir que la situación generada puede ser injusta, en la medida que aboca a la sociedad a la disolución por paralización de los órganos sociales (artículo 363, apartado e/, de la LSC), el remedio no puede ser la nulidad de una cláusula que respeta la norma legal"*.

33. Por lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

SEXTO. Impugnación de la sentencia.

34. La parte demandada impugna el fundamento de derecho primero de la sentencia referido a los hechos declarados probados por considerar que aparecen descritos de forma muy sesgada e incompleta y que existen multitud de hechos que no se recogen en dicha enumeración y que han sido también probados y resultan absolutamente relevantes a los efectos de la presente controversia. Además impugna el fundamento jurídico segundo, cuando la magistrada de instancia desestima la existencia de abuso de derecho, por entender que no se han utilizado ciertos argumentos que estima relevantes, como que la falta de asistencia a las juntas fue por una infracción de su derecho de información o el efecto de cosa juzgada de las resoluciones dictadas en el procedimiento de revocación de la donación. Finalmente impugna el pronunciamiento de costas al no imponerse a la actora a pesar de la desestimación de la demanda.

35. Debemos recordar que el art. 461.1 LEC establece que *" del escrito de interposición del recurso de apelación, el Secretario judicial dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable"*. Por tanto, la impugnación de la sentencia está vinculada a la existencia de gravamen para el impugnante. En la medida que uno de los motivos de la impugnación de la sentencia es la no imposición de costas, pronunciamiento respecto del que el demandado sufre gravamen, procede entrar en el estudio de la impugnación.

Valoración del tribunal

36. En primer lugar, indicar que los hechos probados reflejados en la sentencia son exhaustivos y exactos y se corresponden con la prueba practicada, es cierto que se podrían haber añadido otros o haber sido más exhaustivo en el relato, como alega el demandado, pero partiendo de que el demandado ha vencido en primera instancia al haberse desestimado la demanda, consideramos que en este punto de la resolución recurrida no sufre un especial gravamen que le legitime para impugnar. Todo ello sin perjuicio de que el resto de hechos introducidos por el demandado puedan ser tenidos en cuenta para la resolución del conflicto, tal y como hemos hecho.

37. Igual respuesta debemos dar a la alegación de la insuficiencia de argumentos dados en la sentencia para la desestimación de la acción, donde parece estar denunciando un defecto de exhaustividad de la resolución de instancia del artículo 218, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Solo recordar que el Tribunal Constitucional ha interpretado el citado precepto en relación con el artículo 24 de la CE en el sentido que no

se garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de manera que no existe este tipo de incongruencia si el ajuste es sustancial y se resuelven en la sentencia, aunque sea genéricamente, las pretensiones deducidas o, con otras palabras, aunque no haya pronunciamiento sobre las alegaciones concretas no sustanciales, ya que no cabe hablar de denegación de tutela si el órgano judicial responde a la pretensión principal y decide el tema planteado - sentencia 29/1987, de 6 de marzo-, pues sólo la omisión o falta total de respuesta, no la respuesta genérica y global, entraña una vulneración de la tutela judicial efectiva - sentencia 8/1989, de 23 de enero-.

38. Finalmente, en cuanto a las costas el impugnante interesa la condena a las actora aduciendo manifiesta mala fe y temeridad de ésta en la interposición de una demanda de estas características, claramente instrumental e interpuesta en un momento muy concreto, cuando las actoras ven cómo su objetivo de lograr el control de CUROGAR S.A. mediante la correspondiente acción de revocación de donación empieza a fracasar.

39. La sentencia de instancia no impone las costas a las actoras por la existencia de serias dudas de derecho sobre el alcance de la conducta del demandado como constitutiva de abuso de derecho y sus consecuencias en el orden societario.

40. En la medida que en esta instancia no se han apreciado las dudas expuestas por la magistrada de instancia en su resolución y que hemos partido de presupuestos distintos para desestimar la demanda, no podemos compartir las citadas dudas por lo que procede la aplicación del criterio de vencimiento objetivo del art. 394.1 LEC por lo que deben imponerse las costas de instancia, lo que nos lleva a la estimación de la impugnación en este extremo.

SÉPTIMO. Costas del recurso y de la apelación.

41. Respecto de las costas del recurso, al haberse desestimado el recurso procede hacer expresa imposición al recurrente (art. 398 LEC).

42. No procede la imposición de costas al impugnante a la vista de la estimación parcial de la misma.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Belen y Elena y estimamos en parte la impugnación de Casimiro contra la sentencia dictada en fecha 27 de agosto de 2020, que revocamos en el cuanto al pronunciamiento de costas de primera instancia que se imponen a la parte demandante.

Todo ello con expresa condena en costas de segunda instancia y pérdida del depósito para recurrir. No se imponen las costas al impugnante.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.