



Roj: **STS 410/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:410**

Id Cendoj: **28079110012018100075**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **2169/2015**

Nº de Resolución: **73/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 73/2018**

Fecha de sentencia: 14/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2169/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2169/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 73/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 14 de febrero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 139/2015 de 29 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 113/2014 del Juzgado de lo Mercantil 2 de A Coruña, sobre nulidad de acuerdo social.

El recurso fue interpuesto por Semcor 3000 S.L., representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Francisco Abuin Porto.

Es parte recurrida D. José, representado por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senin y bajo la dirección letrada de D. Manuel Martín García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Beatriz Fernández Castelo, en nombre y representación de D. José, interpuso demanda de juicio ordinario contra Semcor 3000 S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que, con estimación íntegra de la demanda se acuerde:

» 1º.- La nulidad del acuerdo social de ampliación de capital de la entidad mercantil Semcor 3000, S.L., adoptado en la junta universal de fecha 30 de enero de 2014 por la sociedad.

» 2º.- La inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil y, en su caso, la cancelación de la inscripción del acuerdo nulo y de los asientos posteriores que resulten incompatibles con la sentencia.

» 3º.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 3 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil 2 de A Coruña y fue registrada con el núm. 1113/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Gandoy Fernández, en representación de Semcor 3000 S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil 2 de A Coruña, dictó sentencia 1/2015 de 7 de enero, que desestimó la demanda, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. José. La representación de Semcor 3000 S.L. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 156/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 139/2015 de 29 de abril, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, y, en su lugar, dictamos otra, por mor de la cual debemos decretar y decretamos la nulidad del acuerdo social de ampliación de capital social en 95.700 euros, mediante la creación de 1595 participaciones sociales de 60 euros de valor cada una de ellas, adoptado en junta universal de 30 de enero de 2014, con la correspondiente inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil, y, en su caso, la cancelación de la inscripción del acuerdo nulo, con imposición de las costas procesales de primera instancia a la parte demandada y sin hacer especial condena sobre las devengadas en la alzada.

» Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir».

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª María Gandoy Fernández, en representación de Semcor 3000 S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 204.1 y 2 y 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define su punto 3 por



oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 192/1999 de 4 de marzo , nº 1035/1999 de 2 de diciembre y nº 376/2012 de 18 de junio en relación con la legitimación para impugnar los acuerdos radicalmente nulos adoptados por los órganos de administración de las Sociedades de Capital».

«Segundo.- Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil y 301.1 , 2 , 3 , 4 y 5 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1984 , 31 de octubre de 1989 , nº 45/2001 de 30 de enero , nº 1066/2003 de 18 de noviembre y nº 770/2011 de 10 de noviembre».

«Tercero.- Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil y de los arts. 93.a ) , 93.c ) , 95 , 98 y 204.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 128/2009 y 138/2009 ambas de fecha seis de marzo y la nº 589/2014 de 3 de noviembre ».

«Cuarto.- Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil, del Principio Contable nº 5 del Real Decreto 1514/2009 por el que se aprobó el nuevo Plan General de Contabilidad y de los arts. 301.1 a 5 de la Ley de Sociedades de Capital , en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 193/2000 de 4 de marzo , nº 45/2001 de 30 de enero , nº 1066/2003 de 18 de noviembre y la nº 942/2007 de 14 de septiembre ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de septiembre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D. José se opuso al recurso de casación interpuesto.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Los hechos relevantes para comprender las cuestiones objeto del recurso de casación han sido fijados en la sentencia de la Audiencia Provincial del siguiente modo:

A) La entidad demandada Semcor 3000 S.L. (en lo sucesivo, Semcor) se constituyó por medio de escritura pública de 7 de enero de 1998, siendo sus únicos socios D. Sixto , su esposa D.<sup>a</sup> Felisa y D.<sup>a</sup> Inocencia , y su capital social, antes de la ampliación objeto de la impugnación formulada en este litigio, de 278.820 euros, dividido en 4647 participaciones sociales, de 60 euros de valor nominal cada una de ellas, las cuales pertenecían a tales socios de la forma siguiente:

A D. Sixto , que venía ostentando el cargo de administrador: 3497 participaciones sociales.

A D.<sup>a</sup> Inocencia : 400 participaciones sociales.

A D.<sup>a</sup> Felisa : 750 participaciones sociales.

B) Por medio de escritura pública de 8 de abril de 2013, los socios, con renuncia a su derecho de suscripción preferente, concedieron al demandante D. José , que aceptó, un derecho real de opción de compra sobre 1640 participaciones sociales de D. Sixto ; 400 participaciones sociales de D.<sup>a</sup> Inocencia ; y, por último, 750 participaciones sociales de D.<sup>a</sup> Felisa .

La opción de compra se concedió hasta el 30 de diciembre de 2018, y se pactó expresamente que los «cedentes se obligan durante el plazo previsto para la vigencia de las opciones de compra y, de ser el caso, durante su renovación o ampliación, a mantener la titularidad de las participaciones objeto de las opciones de compra totalmente libres de cualquier clase de carga y gravamen y de restricción en cuanto a sus derechos políticos o



económicos, así como no someterlas a algún derecho de preferencia, ya sea éste por modificación estatutaria de la sociedad o acuerdo entre los socios».

El precio de la opción de compra era el siguiente: para las participaciones de D. Sixto , 88.560 euros, para las participaciones de D.<sup>a</sup> Inocencia , 21.600 euros, y para las participaciones de D.<sup>a</sup> Felisa , 40.500 euros.

El ejercicio de la opción se comunicaría por vía notarial, y debería pagarse en el momento de formalizarse la correspondiente escritura de compraventa o en fechas anteriores a la formalización de la misma.

Las participaciones sociales objeto de la opción de compra suponían el 60,03% del capital social.

C) Por medio de escritura pública de la misma fecha, 8 de abril de 2013, ante el mismo fedatario, y número de protocolo correlativo, constituidos en junta universal los citados socios reconocieron expresamente que adeudaban al demandante D. José 844.500 euros, como consecuencia de varias entregas, en concepto de préstamo, que expresamente se reseñaban, más una cantidad adicional de 8793 euros en concepto de intereses.

Se obligaron a devolver dicha cantidad en el plazo de 72 meses, desde el uno de mayo de 2013, bajo las condiciones pactadas, y, en garantía de tal devolución, constituyeron hipotecas y además D. Sixto una prenda sobre 1857 participaciones sociales, así como también se convino una fianza solidaria de los socios.

D) En documento de 21 de junio de 2013, de reconocimiento de deuda, D. Sixto admitió expresamente que adeudaba a Semcor 3000 S.L., la suma de 683.080,27 euros, que confesó haber recibido antes de dicho acto, en varias entregas para hacer frente a gastos de la entidad que no habían sido justificados documentalmente hasta el momento, y constituyó prenda de las participaciones sociales 2041 a 3897, de las que era titular.

E) En junta universal de 30 de enero de 2014, de la que queda constancia mediante acta notarial de tal fecha, los socios de Semcor acordaron cesar a los administradores sociales solidarios D. Sixto y D. Jose Antonio , hermano del demandante, y nombrar administrador único por tiempo indefinido a D. Sixto . Dicho acuerdo se le notificó por vía notarial al administrador cesado.

F) A través de acta notarial, de 3 de febrero de 2014, el demandante D. José requirió a los tres socios de la demandada para que otorgaran la escritura de compraventa de las participaciones sociales, objeto de la precitada opción, el 26 de febrero de 2014.

G) Tras dicho requerimiento, se otorgó escritura pública de 5 de febrero de 2014, de elevación a público de un supuesto acuerdo de junta universal de Socios de la demandada, que figura datado el 30 de enero de 2014, de aumento de capital social, por compensación de créditos, que es protocolizado por el Sr. Sixto , en su condición de administrador social, según el cual se aumentó el capital social en 95.700 euros, mediante la creación de nuevas participaciones sociales, que fueron adjudicadas al Sr. Sixto , conforme a lo previsto en el art. 301.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC).

Se acompañó a la escritura pública una certificación en extracto del acta de la junta universal de socios de la demandada, reflejada en documento privado de tal fecha, en la que se acordó el aumento del capital social en 95.700 euros, mediante la creación de 1595 participaciones sociales de igual valor nominal de 60 euros cada una. Se hizo constar igualmente que los demás socios habían renunciado al derecho de suscripción preferente, y que dichas participaciones fueron asumidas por D. Sixto , que realizó su desembolso mediante la compensación de créditos vencidos, líquidos y exigibles, que, por igual importe, ostentaba el mismo contra la sociedad.

A consecuencia de ello, se modificó el art. 5 de los estatutos, relativo al capital social, que quedó fijado en 374.520 euros, dividido en 6242 participaciones sociales, de 60 euros de valor nominal cada una de ellas.

También se autorizó al administrador D. Sixto para que acudiese al notario a elevar a público los citados acuerdos, como así hizo.

Los créditos del administrador único derivaban, según se sostiene, de ingresos en cuentas de la sociedad, efectuados por D. Sixto , por importe respectivo de 25.000 euros, 6600 euros, 49.000 euros, 8121,06 euros, 5700 euros, 667,77 euros, 611,17 euros y tres transferencias de 8121,05 euros, 5700 euros y 1278,94 euros, desde el 16 de julio a 2010 a 5 de octubre de 2012.

H) El 26 de febrero de 2014, a instancia del demandante D. José , se levanta un acta notarial de manifestación, notificación y requerimiento, en la que el compareciente expresó que, sin su conocimiento, se había procedido a ampliar el capital social, que con ello se desvirtuaba la opción de compra cuyo ejercicio pretendía y al cual no renunciaba, ya que la participación que se adquiría en la sociedad, con la referida ampliación, era inferior a la inicialmente pactada, motivo por el cual, el compareciente no formalizaría en ese día la compraventa de



participaciones sociales, y requirió al notario para que notificara a los socios de Semcor tal circunstancia, así como de su voluntad de formalizar la compraventa.

La voluntad de ejercitar la opción se reforzaba con la tenencia por el demandante de los cheques bancarios destinados al pago pendiente de 21.200 euros, 39.750 euros y 86.920 euros respectivamente, cuya fotocopia de los originales se unió al acta.

Los demandados, por acta notarial de la misma fecha, dieron por extinguida la opción de compra, por incumplimiento de la parte compradora a sus obligaciones.

**2.-** D. José interpuso demanda en la que solicitó la nulidad del acuerdo de aumento de capital adoptado en la junta universal de 30 de enero de 2014.

**3.-** El Juzgado Mercantil desestimó la demanda. Consideró que aunque el demandante tenía legitimación activa puesto que alegaba tener un interés legítimo en que se declarara la nulidad del acuerdo de aumento de capital, en cuanto que le impedía ostentar la titularidad de la mayoría del capital social a que tenía derecho de acuerdo con el contrato de opción de compra celebrado, no concurrían los requisitos necesarios para declarar la nulidad del acuerdo. Consideró que no se vulneraban los arts. 59 TRLSC, invocado por el demandante, ni el art. 301 TRLSC, a que se podía reconducir la impugnación sin vulnerar el principio de congruencia, puesto que se cumplían los requisitos exigidos por dichos preceptos legales para adoptar el acuerdo del aumento de capital social en una sociedad limitada. El juzgado descartó que se hubiera producido una simulación absoluta en el acuerdo adoptado. Respecto del abuso de derecho, el juzgado consideró que el acuerdo que incurre en abuso de derecho es anulable en la medida en que resulte lesivo para el interés social, lo que aquí no sucedía. Por último, el juzgado descartó también que se hubiera producido un ejercicio antisocial del derecho o fraude de ley.

**4.-** El demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso.

Tras fijar los hechos relevantes para la resolución del recurso, la Audiencia Provincial confirmó que el demandante estaba legitimado activamente para impugnar el acuerdo social pues el art. 206.1 TRLSC otorga legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los acuerdos sociales a cualquier tercero que acredite interés legítimo. Tal sería el caso del demandante, al que un «sospechoso» acuerdo social disminuye el valor económico de su derecho de adquisición y le imposibilita contar con el control social.

Respecto de la concurrencia de una causa de nulidad del acuerdo de aumento de capital, la Audiencia declaró:

«[...] el aumento del capital social se llevó a efecto por los socios -no en defensa del interés social considerado como tal y con repercusión con respecto a terceros- sino con la aviesa intención de frustrar el derecho de opción de compra del actor y que éste pudiera adquirir el control social, por lo que consideramos este acuerdo social nulo.

»Apreciamos pues una actuación constitutiva del abuso de derecho vedado por el art. 7.1 del CC , cuya aplicación al derecho societario es admitida por la jurisprudencia ( SSTS 1136/2008, de 10 de diciembre , reiterando la de 10 de febrero de 1.992 , así como la 770/2011, de 10 de noviembre entre otras)».

Por tal razón, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la nulidad del acuerdo social de aumento de capital.

**5.-** La sociedad demandada ha interpuesto un recurso de casación basado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

Con carácter previo a entrar a analizar cada uno de los motivos, debe aclararse que no es procedente analizar las alegaciones que se contienen a lo largo del escrito de recurso relativas a la supuesta incongruencia de la sentencia recurrida, que habría resuelto cuestiones no planteadas en la demanda ni en el recurso de apelación, o la supuesta falta de competencia del juzgado mercantil para realizar determinados pronunciamientos relativos al contrato de opción de compra.

Se trata de impugnaciones que no solo no responden a la infracción legal denunciada en el encabezamiento de los correspondientes motivos del recurso, sino que además, por su naturaleza, solo pueden ser planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal, no en el recurso de casación.

**6.-** El demandante, antes de entrar a contestar cada uno de los cuatro motivos del recurso, y también al analizar alguno de estos, alega un gran número de causas de inadmisión de los recursos.

Sobre esta cuestión, este tribunal fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012 ), que ha sido asumido en las sentencias posteriores (351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de





13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , entre otras). Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo ). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

7.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

8.- En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal correctamente desarrollada, y se ha expuesto adecuadamente cómo ve la parte recurrente el interés casacional. Que se discrepe sobre el alcance y trascendencia de la doctrina jurisprudencial invocada en el recurso para justificar el interés casacional puede llevar a la desestimación del recurso o de alguno de sus motivos, pero no a negar sin más la concurrencia del requisito de interés casacional que permite el acceso al recurso.

También se plantean como causa de inadmisión otras cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 204.1 y 2 y 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define su punto 3 por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 192/1999 de 4 de marzo , nº 1035/1999 de 2 de diciembre y nº 376/2012 de 18 de junio en relación con la legitimación para impugnar los acuerdos radicalmente nulos adoptados por los órganos de administración de las Sociedades de Capital».

2.- El fundamento del motivo consiste en que la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación extensiva e incorrecta del concepto de «interés legítimo», puesto que el interés legítimo para impugnar un acuerdo social es únicamente el que puede invocar aquel que adquiere la condición de socio por transmisión *inter vivos* o *mortis causa* operada por quien era socio en el momento de la celebración de la junta, o quien era socio en el momento de celebración de la junta y, pese a perder esa condición, acredita que le subsiste un interés legítimo.

#### **TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Legitimación del tercero con interés legítimo para impugnar los acuerdos sociales*

1.- En primer lugar debe precisarse cuál es el texto del precepto legal aplicable, puesto que se han sucedido varios en un espacio de tiempo relativamente breve.



Por las fechas relevantes para el enjuiciamiento de la impugnación, es aplicable el TRLSC vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. El art. 206.1 de este texto legal tenía la siguiente redacción:

«Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo».

Respecto a qué acuerdos podían considerarse nulos, el primer inciso del art. 204.2 TRLSC vigente antes de la reforma operada por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, disponía:

«Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley».

2.- El demandante ha impugnado el acuerdo de aumento de capital porque consideraba que las causas de impugnación alegadas constituían un supuesto de nulidad del acuerdo, no de anulabilidad.

3.- Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Provincial ha resuelto correctamente al considerar que el demandante tenía legitimación para impugnar el acuerdo porque, pese a ser un tercero y no un socio, alegó un interés legítimo para formular la impugnación: era titular de un derecho de opción de compra sobre determinadas participaciones sociales de Semcor, que constituían la mayoría del capital social, y el acuerdo de la junta de socios en que se acordó y ejecutó la ampliación de capital, que el demandante consideraba contrario a la ley y al orden público por ser simulado, fraudulento y abusivo, impedía que el ejercicio de su opción de compra le atribuyera la mayoría del capital social, por lo que le era perjudicial.

4.- En la sentencia 376/2012, de 18 de junio, hemos afirmado con relación al art. 117 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas lo siguiente:

«En realidad, el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque presume en todo caso este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio, ya no tiene que justificar su "interés legítimo", sino únicamente que goza de tal condición. Si se trata de un tercero tiene que invocar en la demanda su "interés legítimo" para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada».

Esta doctrina es aplicable en el supuesto objeto de este recurso porque el art. 206.1 TRLSC, antes de su reforma por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, tenía, en lo que aquí interesa, la misma redacción que el citado art. 117 TRLSA.

5.- Por lo expuesto, carece de fundamento la pretensión de la recurrente de reducir el concepto de tercero con interés legítimo, a efectos de la impugnación del acuerdo social, a quien llegue a ser o haya sido socio. El concepto de interés legítimo, recogido en el art. 24 de la Constitución, es más amplio que el de interés directo y excede del interés que tienen los socios, quienes lo sean tras la adopción del acuerdo o quienes lo eran en ese momento y perdieron esa condición con posterioridad. Cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social.

#### **CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo*

1.- El segundo motivo del recurso se encabeza con este epígrafe:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil y 301.1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1984, 31 de octubre de 1989, nº 45/2001 de 30 de enero, nº 1066/2003 de 18 de noviembre y nº 770/2011 de 10 de noviembre».

2.- El motivo impugna la aplicación que ha hecho la sentencia recurrida de la institución del abuso de derecho.

#### **QUINTO.-** *Decisión del tribunal. Concurrencia de los requisitos del abuso de derecho*

1.- La mayor parte de los argumentos del recurso se refieren a la supuesta incongruencia en que habría incurrido la Audiencia Provincial, puesto que, se dice, el demandante no habría alegado la existencia de un abuso de derecho en la demanda ni en el recurso de apelación.

La infracción de las normas legales que imponen la congruencia de la sentencia con las pretensiones formuladas en la demanda ( art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) y, específicamente, que la sentencia de segunda instancia «deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación» ( art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), no puede plantearse en el recurso de casación sino en el recurso extraordinario por infracción procesal.



Por tal razón, no procede entrar a analizar esta impugnación y debe partirse de que la sentencia de la Audiencia Provincial considera que tal cuestión se planteó tanto en la demanda (de ahí que se abordara en la sentencia del Juzgado Mercantil) como en el recurso de apelación.

**2.-** El único argumento que, con un criterio muy laxo, no incurriría en el defecto expresado en el anterior párrafo es el relativo a que no consta cuál fue el derecho ejercitado abusivamente, por qué el ejercicio fue abusivo ni qué norma del TRLSC había sido infringida.

**3.-** Para resolver esta cuestión, ha de partirse de que la determinación de si concurrió o no abuso de derecho, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Así lo hemos declarado en sentencias como la 910/2006, de 19 de septiembre, y 510/2017, de 20 de septiembre.

Por tanto, solo puede revisarse en casación el correcto enjuiciamiento del aspecto jurídico del abuso del derecho, partiendo de la base fáctica sentada en la sentencia recurrida.

**4.-** Sobre este particular, la sentencia recurrida afirma que se reúnen los requisitos exigidos por el art. 7.2 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta para considerar la concurrencia de abuso de derecho: i) uso aparente o formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica; ii) que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, el acto u omisión cuestionado sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho; y iii) que se cause daño a un tercero porque se afecte negativamente a un interés que no está específicamente protegido.

**5.-** El derecho ejercitado abusivamente en este caso sería el derecho de asistir y votar en las juntas generales que el art. 93.c TRLSC atribuye a los socios y la propia potestad jurídica de la junta de socios, en tanto que órgano social, de adoptar los acuerdos de autoorganización que tenga por convenientes, y en concreto, el de aumento de capital.

El ejercicio de tal derecho habría sido formalmente correcto por cuanto que los tribunales de instancia han negado que se hubieran infringido las normas del TRLSC que regulan la emisión de participaciones sociales y la adopción y ejecución de los acuerdos de aumento de capital.

**6.-** Pese a esa corrección aparente o formal, tal derecho se habría ejercitado abusivamente por las circunstancias excepcionales que rodearon la adopción del acuerdo.

De acuerdo con los hechos fijados por la Audiencia en su sentencia, que han de ser respetados, solo constaba que el acuerdo de aumento de capital se hubiera adoptado después de que el demandante comunicara el ejercicio de su opción de compra. Por tal razón, ha de considerarse que la adopción del acuerdo se produjo como reacción a la decisión del demandante de ejercitar su derecho de opción de compra de las participaciones sociales que le otorgarían la titularidad de la mayoría del capital social.

Además, los ingresos que el socio al que se atribuyeron las participaciones emitidas en el aumento de capital había hecho en la cuenta de la sociedad no se imputaron al pago del crédito, anterior y mucho mayor, que la sociedad ostentaba frente a él, de modo que se redujera el importe de la deuda del socio para con la sociedad, sino que se otorgó a este socio una mayor participación en la sociedad al acordarse un aumento de capital con cargo a la compensación del supuesto crédito constituido por esos ingresos que no habrían sido imputados al pago de la deuda. De esta forma, un socio que mantenía una deuda considerable con la sociedad no pagó esa deuda, ni siquiera en parte, con los ingresos que había hecho en la cuenta de la sociedad pero vio aumentada considerablemente su participación en el capital social con cargo a esos ingresos.

De acuerdo con lo afirmado en la sentencia recurrida, el aumento del capital social no se realizó en defensa del interés social sino con la aviesa intención de frustrar el derecho de opción de compra del demandante y que este pudiera adquirir el control social.

Se trata de circunstancias que justifican la afirmación de que se sobrepasaron de modo manifiesto los límites normales del ejercicio del derecho a acordar y ejecutar un aumento de capital en una sociedad mercantil.

**7.-** El daño que se causó al demandante consistió en impedir que este, mediante el ejercicio de su opción de compra, adquiriese las participaciones que suponían la mayoría del capital social, que era la consecuencia natural del ejercicio de su opción de compra si no se hubiera realizado un aumento de capital anómalo y sin atender a la satisfacción del interés social.

No se trata de un interés protegido específicamente por una norma jurídica, puesto que en tal caso bastaría con ejercitar la acción derivada de tal norma. La Audiencia no llega a concluir que se infringiera propiamente el contrato suscrito por las partes, tesis de la que hemos de partir pues no ha sido cuestionada. Pero se trata, en todo caso, de un interés legítimo que se vio perjudicado por la adopción y ejecución del acuerdo social de aumento de capital en unas circunstancias tan anormales.





**8.-** Se reúnen por tanto los requisitos legales para apreciar la concurrencia de un abuso de derecho, a los que ya se ha hecho referencia, por cuanto que la adopción del acuerdo constituye un «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», como establece el art. 7.2 del Código Civil y ha desarrollado la jurisprudencia de este tribunal.

De acuerdo con esta jurisprudencia ( 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), 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).

**9.-** Dicho lo anterior, 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 .

#### **SEXTO.-** *Formulación del tercer motivo*

**1.-** El epígrafe con que se encabeza este motivo es el siguiente:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil y de los arts. 93.a ), 93.c ), 95 , 98 y 204.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 128/2009 y 138/2009 ambas de fecha seis de marzo y la nº 589/2014 de 3 de noviembre ».

**2.-** En el desarrollo del motivo, como argumentos relevantes para la decisión del recurso, la recurrente considera que la tesis de la sentencia recurrida de que una supuesta vulneración de un contrato de opción de compra de participaciones sociales, suscrito por los socios y un tercero, constituye un título jurídico adecuado para determinar la nulidad del acuerdo de aumento de capital, infringe los preceptos citados y la jurisprudencia sobre la ineptitud de la infracción de los pactos parasociales para fundar la declaración de nulidad de los acuerdos sociales que contravengan tales pactos parasociales pues los acuerdos sociales solo pueden declararse nulos por ser contrarios a la ley.

El contrato de opción de compra fue suscrito entre el demandante y los socios propietarios de las participaciones sociales, por lo que estos serían los únicos obligados a su cumplimiento, y no Semcor, ajena al pacto, se añade por la recurrente.

#### **SÉPTIMO.-** *Decisión del tribunal. El abuso de derecho como causa de impugnación del acuerdo social*

**1.-** Como cuestión previa, no pueden tomarse en consideración los argumentos expuestos en el desarrollo del motivo que plantean cuestiones ajenas al ámbito del recurso de casación, como sería la supuesta incompetencia del Juzgado Mercantil para pronunciarse sobre los aspectos contractuales, o los que se refieren a cuestiones ajenas a la infracción denunciada en el encabezamiento del motivo, como sería la relativa a la interpretación del contrato de opción de compra y a la conclusión de que el mismo no habría sido incumplido y que la opción había caducado.

**2.-** Tampoco puede tenerse en cuenta la invocación que en el encabezamiento se realiza de infracción de ciertos preceptos legales (arts. 93.a), 93.c), 95 y 98 TRLSC) que no resulta adecuadamente desarrollado, puesto que la única mención que se hace en el desarrollo del motivo a tales preceptos se refiere a la infracción de las normas legales que rigen la interpretación del contrato de opción de compra y no propiamente a la infracción de los preceptos del TRLSC mencionados.

Además, constituiría una infracción de naturaleza completamente diferente a la invocada con carácter principal en el motivo y es pacífica la doctrina de esta sala que rechaza que en un mismo motivo puedan plantearse diversas cuestiones jurídicas cuando sean heterogéneas entre sí.

**3.-** Es cierto, tal como alega el recurrido, que el contrato de opción de compra suscrito entre los socios de Semcor y el demandante no es un pacto parasocial, entendiéndose por tal aquel pacto mediante el cual los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos.



Asimismo, la Audiencia no afirma que el contrato fuera vulnerado por la adopción del acuerdo social, sino que el interés legítimo que del contrato se desprendía para el demandante, consistente en adquirir una mayoría del capital social que le permitiera el control de la sociedad, se vio perjudicado por un acuerdo de aumento de capital adoptado con una intención y en unas circunstancias anormales que lo hacían constitutivo de un abuso de derecho.

En todo caso, se trataría también de una cuestión de naturaleza heterogénea respecto de la que constituye el objeto principal de este motivo, y no se habría justificado cuál sería la infracción legal cometida, lo que habría exigido la expresión de los preceptos legales infringidos.

Por tanto, estos argumentos del recurso no pueden ser tomados en consideración.

**4.-** La única cuestión que puede considerarse correctamente planteada por la recurrente es la relativa a que para que pueda acordarse la nulidad del acuerdo es necesario que concurra una infracción de ley, por lo que podría cuestionarse si el abuso de derecho, en perjuicio de tercero, en la adopción del acuerdo puede considerarse como tal infracción de ley determinante de la nulidad del acuerdo.

**5.-** De nuevo se hace necesario precisar cuál es la redacción de la norma legal aplicable para resolver el recurso. Se trata, como ya hemos dicho, del art. 204 TRSLC en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyos dos primeros apartados establecían:

«Artículo 204. Acuerdos impugnables.

»1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

»2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables».

Por tanto, para que el acuerdo social pudiera considerarse nulo, único supuesto para el que los terceros que acreditaran interés legítimo estaban legitimados para impugnar, era necesario que fuera «contrario a la ley».

**6.-** Esta cuestión ha sido ya abordada por este tribunal en sus sentencias 873/2011, de 7 de diciembre, y 991/2011, de 7 de enero de 2012, en las que declaró que «aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital [anterior a la reforma de la Ley 31/2014]- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre-».

Asimismo, la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, que cita como antecedentes las sentencias 272/1984, de 2 de mayo, y 171/2006, de 1 de marzo, confirmó la declaración de nulidad, con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del Código Civil, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

**7.-** Existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del art. 7.2 del Código Civil sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria.

Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que, en el régimen del art. 204 TRSLC anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrieran en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Las sentencias 641/1997, de 10 de julio, y 1136/2008, de 10 de diciembre, con cita de la anterior sentencia de 10 de febrero de 1992, afirmaron que «la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho».

Estos supuestos estaban expresamente tipificados en el art. 204 TRSLC, anterior a la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como acuerdos impugnables (apartado 1) y de carácter anulable (apartado 2), lo que determinaba un régimen específico de caducidad de la acción (art. 205.1 TRSLC) y legitimación (art.



206.2 TRLSC), en el que los terceros ajenos a la sociedad carecían de legitimación, diferente por tanto al de los acuerdos nulos, en los que el plazo de caducidad era mayor y la legitimación más amplia.

De ahí que la sentencia 770/2011, de 10 de noviembre, tras reiterar que la ausencia de expresa referencia al abuso de derecho no es obstáculo para admitir que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho, afirmara que, como consecuencia de lo anterior, «no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas».

**8.-** El vigente art. 204 TRLSC, resultante de la reforma que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, prevé una modalidad específica de acuerdo impugnabile por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente art. 204.1 TRSLC prevé a este respecto:

«La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende 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».

Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

**9.-** Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSC, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

Así sucede con el acuerdo objeto de este recurso, en que aunque el acuerdo no fue adoptado en interés de la sociedad, no consta tampoco que le supusiera un perjuicio, por cuanto que el perjuicio se produjo para un tercero ajeno a la sociedad. Tampoco nos encontramos ante un «abuso de la mayoría» en perjuicio de la minoría social, a que hace referencia el apartado segundo del actualmente vigente art. 204.1 TRSLC, porque el supuesto acuerdo se adoptó de forma unánime por todos los socios y el perjuicio se produjo a un tercero.

**10.-** En tal caso, el supuesto ha de reconducirse al régimen general del art. 7.2 del Código Civil. Este precepto prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho, y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

La expresión «que sean contrarios a la ley» que se contiene en el art. 204.1 TRLSC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley ( art. 6.4 del Código Civil ), de mala fe ( art. 7.1 del Código Civil ) o con abuso de derecho ( art. 7.2 del Código Civil ). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice.

**11.-** Cuando la sentencia 127/2009, de 5 de marzo, dictada en un litigio sobre impugnación de acuerdos sociales, afirmó que «un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho», no está declarando que el abuso de derecho no constituya una contrariedad a Derecho en que puede fundarse la nulidad del acuerdo social. Por el contrario, dicha sentencia confirma la declaración de nulidad de un acuerdo social adoptado con abuso de derecho. Lo que se hace en con esa afirmación es explicar que el motivo del recurso, que citaba como infringido el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en que se habría basado la adopción del acuerdo, está mal planteado, porque el acuerdo había sido declarado nulo por constituir un abuso de derecho, no por haber infringido una determinada norma societaria y «de haber estimado [la Audiencia] la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho».



En ese contexto es donde cobra sentido la afirmación de que una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo.

**12.-** Sentado lo anterior, esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la «contrariedad a la ley» que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo.

La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo.

**13.-** Debe precisarse que lo que provoca la nulidad del acuerdo no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero. El ejercicio de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, pero eso no los hace ilícitos. De ahí el axioma clásico que afirma que «el que usa de su derecho no causa daño a nadie».

Lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero, ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho.

**14.-** Lo expuesto determina que la decisión de la Audiencia Provincial es correcta, puesto que el acuerdo social constitutivo de un abuso de derecho que perjudica el interés legítimo de un tercero otorga a este la legitimación para impugnarlo y que se declare nulo por infringir la ley.

#### **NOVENO.-** *Formulación del cuarto motivo*

**1.-** El último motivo del recurso de casación se encabeza de este modo:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil, del Principio Contable nº 5 del Real Decreto 1514/2009 por el que se aprobó el nuevo Plan General de Contabilidad y de los arts. 301.1 a 5 de la Ley de Sociedades de Capital, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 193/2000 de 4 de marzo, nº 45/2001 de 30 de enero, nº 1066/2003 de 18 de noviembre y la nº 942/2007 de 14 de septiembre».

**2.-** En el desarrollo del motivo se exponen dos argumentos fundamentales.

El primero consiste en que varias sentencias de este tribunal han desestimado la alegación de abuso de derecho en impugnaciones de acuerdos de aumento de capital que se habían hecho con amparo legal.

El segundo, que el Sr. Sixto no podría haber compensado el crédito que tenía frente a la sociedad (con cargo a cuya compensación se aumentó el capital y se le adjudicaron las nuevas participaciones sociales emitidas) con el crédito que la sociedad ostentaba frente a él porque el principio contable núm. 5 del Real Decreto 1514/2009 es precisamente el de no compensación de las partidas del activo y del pasivo.

#### **DÉCIMO.-** *Decisión del tribunal. Inconsistencia del motivo*

**1.-** Que sentencias anteriores hayan determinado, sobre supuestos en los que concurrían circunstancias distintas, que no procedía estimar la acción de impugnación del acuerdo social de aumento de capital porque se había adoptado cumpliendo los requisitos legales y además no se apreciaba abuso de derecho, no significa que no sea posible apreciar abuso de derecho cuando concurren circunstancias distintas, de las que se desprenda la extralimitación en el uso del derecho y la concurrencia de los demás requisitos de dicha institución.

**2.-** El segundo argumento no solo tiene una naturaleza heterogénea respecto del anterior, sino que también es también inconsistente.

Que el Plan General de Contabilidad prohíba la compensación de partidas contables del activo y del pasivo no impide que los empresarios sujetos a la llevanza de contabilidad no puedan compensar los créditos que tengan con terceros, cuando concurren los requisitos precisos para que proceda tal compensación, ni les impide imputar los pagos que hagan a terceros a reducir el importe de su deuda, para posteriormente reflejar en el asiento contable correspondiente la cantidad correspondiente que resulte de la compensación de créditos o de la imputación de pagos.



**UNDÉCIMO.-** *Costas y depósito*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**FALLO**

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Semcor 3000 S.L., contra la sentencia 139/2015 de 29 de abril, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 156/2015.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como acordar la pérdida del depósito constituido.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO