

## **El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad**

### **1. Introducción. La reforma del deber de lealtad**

Son muchos los aspectos de la regulación de las sociedades de capital que han experimentado una modificación relevante como consecuencia de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) realizada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la reforma del gobierno corporativo (la “Ley 31/2014”).

Una de esas materias es la regulación de los deberes de los administradores y, dentro de estos, del deber de lealtad, que constituye uno de los verdaderos temas estelares de la reforma. Cabe aquí distinguir dos planos. De un lado está el de reglamentación sustantiva del propio deber y su contenido. De otro lado está el de determinación de las consecuencias de la infracción del deber de lealtad.

Este doble plano es coherente con los dos niveles que cabe establecer al identificar las funciones que cumple la regulación de los deberes de los administradores. La primera función es servir de modelo de conducta al que se han de ajustar los administradores en el desarrollo de su cargo. Es una función que podría calificarse de preventiva o de protección del tráfico jurídico-mercantil. La segunda función es la de determinación de las consecuencias de la infracción de las obligaciones de los administradores. Ambas son complementarias. Los administradores saben que han de ajustar su conducta a los deberes que les son exigibles y que, si no lo hacen, responderán por ello y habrán de devolver el enriquecimiento obtenido.

### **2. El deber de lealtad**

Las modificaciones introducidas en el primer plano, el de regulación del deber de lealtad, son de calado. El artículo 227.1 LSC actúa como cláusula general que establece el deber de los administradores de “*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”. Esta norma es la pieza central del sistema, a partir de la cual se articula un conjunto de prohibiciones y de comportamientos tipificados como contrarios al deber, punto en el que encontramos la inclusión de nuevos

# URÍA MENÉNDEZ

comportamientos y una mejor definición de los anteriores en los artículos 228 (“*obligaciones básicas del deber de lealtad*”) y 229 (“*deber de evitar situaciones de conflicto*”). Entre los caracteres generales de la reforma cabe destacar la apuesta decidida por el deber de abstención del administrador en situación de conflicto y la acentuación del carácter imperativo del régimen, que impide las disposiciones estatutarias que lo contradigan.

Por lo que se refiere al segundo plano, tradicionalmente, primero la Ley de Sociedades Anónimas (a la que en esta materia se remitía el artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) y después la LSC resolvían la cuestión relativa a las consecuencias de la infracción de los deberes de los administradores con la regulación de su régimen de responsabilidad, establecido actualmente en los artículos 236 y ss. LSC. De modo que el incumplimiento de sus deberes por los administradores desencadenaba la aplicación del régimen de responsabilidad, de darse los presupuestos necesarios para ello. También, el incumplimiento del deber de lealtad. La referencia, sin embargo, se veía insuficiente, ya que la responsabilidad de los administradores no es la única consecuencia posible de la infracción de ese deber; o, dicho de otra forma, la exigencia de responsabilidad a los administradores no es el único remedio disponible en nuestro ordenamiento para hacer frente a eventuales lesiones por los administradores de su deber de lealtad.

### **3. Los remedios a las infracciones del deber de lealtad. Panorama de acciones**

Para salir al paso de esa situación, en el plano de la determinación de las consecuencias de la infracción de la obligación de lealtad, la Ley 31/2014 introduce una nueva previsión normativa. Según el artículo 232 LSC, “*el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad*”. Esta previsión se completa con la del artículo 227.2 LSC, con arreglo a la cual “*la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*”.

No se dispone todavía de precedentes judiciales en la interpretación y aplicación de la reforma. El elemento de referencia ha de estar, así, en los comentarios emitidos por la

## URÍA MENÉNDEZ

doctrina. De entre los disponibles, destacan Paz-Ares, C., “Anatomía del deber de lealtad”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, número 39, pp. 43 y ss.; Juste Mencía, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015, pp. 360 y ss.; Massaguer Fuentes, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015, pp. 427 y ss.; y Díaz Moreno, A., “Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, en *Análisis GA&P*, diciembre 2014.

Se han identificado significativas diferencias entre los artículos 227.2 y 232 LSC, que, normalmente y en adecuada técnica legislativa, deberían haberse ubicado juntos sistemáticamente. En el primero de ellos lo relevante no es tanto la referencia a la obligación de indemnización de daños y perjuicios, ya resultante de la aplicación del régimen de responsabilidad de los artículos 236 y ss. LSC, sino el establecimiento de la obligación de devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador y su compatibilidad con la de indemnización de daños y perjuicios. Se dispone así por Ley la regla de que todo beneficio obtenido como consecuencia del incumplimiento queda atribuido a la propia sociedad, que podrá reclamarlo con independencia de que ese incumplimiento pueda o no haber ocasionado daños a la compañía. El único elemento o presupuesto adicional al del incumplimiento es la obtención de una ganancia por el administrador. No es preciso que dicha ganancia suponga una correlativa pérdida para la sociedad, a diferencia de lo que ocurre con la acción de enriquecimiento ilícito del Derecho común. Frente a ello, puede decirse que el artículo 232 LSC no contiene una regulación propia de las acciones, adicionales a las de indemnización y enriquecimiento, destinadas a combatir y remediar los comportamientos infractores del deber de lealtad y sus consecuencias. Se limita a incluir un reconocimiento de esas acciones y a establecer de forma expresa su compatibilidad con el ejercicio de la acción de responsabilidad y, aunque la norma se olvida de mencionarla, con el de la acción de devolución del enriquecimiento obtenido por el administrador. Con ello, se está reconociendo también por Ley que la responsabilidad de los administradores no es el único remedio para la

## URÍA MENÉNDEZ

lesión de la infracción del deber de lealtad. Dicho de otra forma: mientras el artículo 227.2 LSC establece una acción que podría denominarse especial para los casos de infracción del deber de lealtad (la de devolución del enriquecimiento obtenido por el administrador), el artículo 232 LSC no introduce acciones especiales, sino que se limita a reconocer que las de indemnización de daños y devolución de enriquecimiento son compatibles con las demás acciones disponibles en el ordenamiento para hacer frente a comportamientos infractores de ese deber.

Al contenido del artículo 232 LSC se ha criticado que el resultado es una relación un tanto deslavazada de las acciones que el ordenamiento proporciona en la materia, sin más contenido sustantivo que el propio del reconocimiento de la compatibilidad de esas acciones con la de indemnización de daños y perjuicios y la de devolución de enriquecimiento. El reconocimiento (o recordatorio, si se quiere usar otra expresión) no es, sin embargo, ocioso. Como ha dicho Paz-Ares, C., *op. cit.*, p. 64, *“esto, que parece de cajón, no siempre se ha admitido en nuestra experiencia jurídica. Por ello ha de saludarse positivamente la inclusión en la reforma del nuevo art. 232 LSC, una suerte de recordatorio para desmemoriados”*. Hay que recordar que la jurisprudencia tradicional venía más bien sosteniendo lo contrario; es decir, que la reacción frente a infracciones del deber de lealtad se limitaba a los remedios especiales del Derecho de sociedades (impugnación de acuerdos sociales y responsabilidad de administradores), sin posibilidad de acudir a los remedios generales del Derecho común (Sentencias del Tribunal Supremo, ya antiguas, de 5 de noviembre de 1997 -RJ 1997/7933- y 21 de noviembre de 1997 -RJ 1997/8095-).

Sea como fuere, con los artículos 227.2 y 232 LSC queda establecido el panorama de remedios frente a infracciones por los administradores de su deber de lealtad. En concreto, el artículo 232 LSC se refiere a tres grupos de acciones adicionales a las de indemnización y devolución del enriquecimiento injusto, cuyo ejercicio estará lógicamente sujeto a la naturaleza y estado del comportamiento constitutivo de infracción del deber de lealtad: (i) la acción societaria de impugnación de los acuerdos de la junta general y el consejo de administración y órganos colegiados del consejo adoptados en contradicción con el deber de lealtad; (ii) la acción de Derecho común de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber; y (iii) las acciones de cesación y remoción, cuya

finalidad respectiva es la obtención de una resolución judicial de cese de actividades contrarias al deber de lealtad o, en caso de terminación del comportamiento infractor, de eliminación de los efectos causados por esas actividades (artículo 1.098 Código Civil). Respecto de las acciones de cesación y remoción, es relevante destacar que la doctrina viene señalando que su ámbito de aplicación no queda limitado a los actos de competencia desleal, frente al planteamiento recogido por algunos órganos judiciales, como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 13 de enero de 2009 (JUR 2009\142860): “[l]a cesación que puede solicitarse y acordarse conforme al art. 18.2 LCD afecta únicamente a los actos que fueron declarados constitutivos de competencia desleal”. En opinión de Massaguer, J., *op. cit.*, p. 430, “hacer de las acciones de cesación y remoción mencionadas en el artículo 232 los correspondientes remedios de la acción de competencia desleal es tanto como privarlas de utilidad”.

#### **4. La acción de anulación de actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad**

De entre las acciones enunciadas en los artículos 227.2 y 232 LSC, la atención se centrará en la de “*anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad*”.

La referencia que el propio artículo 232 LSC hace a las acciones de “*impugnación*” reclama una primera labor de delimitación del ámbito objetivo de la acción de anulación. Como antes se ha dicho, la acción de impugnación incluida en la relación de esa norma es la de impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general, el consejo de administración y otros órganos colegiados de administración que contradigan el deber de lealtad de los administradores. En consecuencia, por razones de coherencia sistemática y en atención al principio de especialidad, si se está ante un acuerdo adoptado por uno de esos órganos y los actos o contratos celebrados por los administradores lo son en ejecución de ese acuerdo, procederá el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social, no la anulación del acto o contrato celebrado por los administradores en ejecución de dicho acuerdo. El remedio especial previsto por el legislador para los acuerdos sociales contrarios a la Ley, a los estatutos, al reglamento de la junta general o al interés social es precisamente el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales regulado en los artículos 204 y ss. LSC.

## URÍA MENÉNDEZ

Y a ese remedio es al que habrá que acudir en esos supuestos. La acción estará, lógicamente, sometida a los requisitos y presupuestos propios de la acción de impugnación de acuerdos sociales, incluidos los de plazo y legitimación para impugnar de los artículos 205 y 206 LSC, respectivamente. Quiere esto decir que no podrá ejercitarse la acción de anulación de forma autónoma contra actos o contratos de los administradores que sean ejecución o traigan causa de acuerdos sociales previos. Por este camino parecen discurrir los razonamientos de Paz-Ares, C., *op. cit.*, p. 64, cuando se refiere a infracciones del deber de lealtad “*meramente tipológicas (por ejemplo, aquellas derivadas de operaciones que no siguieron los cauces procedimentales previstos para su aprobación)*” (que pueden no necesariamente consistir en acuerdos sociales, si bien éstos pueden perfectamente encajar en esa categoría) y advierte que “*los remedios generales no pueden ser ejercitados al margen de los requisitos de legitimación y plazo que marca la legislación societaria*”. Y también los de Massaguer, J., *op. cit.*, pp. 432 y 433, cuando, en relación con la acción de cesación, advierte de que “*la actuación contra la que se dirige la acción de cesación es distinta de la adopción de un acuerdo por el consejo de administración u otro órgano colegiado de administración o por la junta general, contra el que, por razón de especialidad, procede ejercer la correspondiente acción de impugnación*”. La misma advertencia ha de entenderse aplicable a la acción de anulación cuando el acto o contrato es ejecución o trae causa de un previo acuerdo societario.

Tras esta precisión, el siguiente paso es dilucidar la naturaleza de la acción a que se refiere el artículo 232 LSC y, en particular, si se trata de una acción de nulidad radical o de anulabilidad. La determinación de las personas legitimadas para el ejercicio de la acción y el establecimiento de las consecuencias de su estimación dependerán directamente de la respuesta que se dé a esta cuestión.

La doctrina mayoritaria se inclina por sostener que se está ante una acción de nulidad radical por ilicitud de la causa: “*la acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad aludida en el artículo 232 es la acción de nulidad del artículo 1300 del Código civil, que en particular encuentra su fundamento en la causa ilícita del artículo 1275 del Código civil de que adolecen esos actos o contratos por estar preordenados a ocasionar un daño ilegítimo (por resultar de la infracción de un deber derivado del contrato de administración y legalmente impuesto) a la sociedad o los socios*”

## URÍA MENÉNDEZ

(Massaguer, J., *op. cit.*, pp. 436 y 437; en el mismo sentido, Díaz Moreno, A., *op. cit.*, p. 7). Con más matices (el fundamental, el que excluye de esta opinión a las antes llamadas infracciones meramente tipológicas), Paz-Ares, C., *op. cit.*, p. 64, entiende que en el caso de las infracciones sustantivas, su ilicitud se irradia a la causa del contrato y frente a ellas los remedios generales pueden hacerse valer de manera autónoma. Este planteamiento, el de la configuración de la acción de anulación del artículo 232 LSC como una acción de nulidad radical por ilicitud de la causa, determina que la legitimación activa corresponde a todo aquel que tenga un interés legítimo, incluidos, por tanto, los socios de la compañía a título individual; determina que la acción no esté sometida a plazo de caducidad o prescripción y determina, en fin, que a la liquidación de la relación anulada sea aplicable el artículo 1306.1º del Código Civil si la contraparte es la propia sociedad, y el artículo 1306.2º del Código Civil, si lo es un tercero, estableciéndose los efectos restitutorios propios de la acción de nulidad absoluta.

El planteamiento, impecable en su formulación conceptual, presenta, sin embargo, reservas, incluidas también algunas de orden práctico y relacionadas con el principio de seguridad jurídica. No se está diciendo que esas reservas deban conducir al rechazo de esa tesis en favor de otra; sino simplemente que pueden hacer que merezca la pena su reconsideración.

Volvamos, para el planteamiento de esas reservas, a la acción de impugnación de acuerdos sociales. Antes se ha dicho que, en caso de adopción de un acuerdo social en el que se produce una infracción del deber de lealtad, el remedio previsto por el ordenamiento contra ese comportamiento es el de la acción de impugnación judicial del acuerdo social. Según el artículo 204.1 LSC, “*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”. Tradicionalmente, en sede de impugnación de acuerdos sociales, eventuales infracciones del deber de lealtad en la adopción del acuerdo se han discutido a través del concepto de perjuicio al interés social. Como dice Paz-Ares, C., *op. cit.*, p. 64, en tales casos la impugnación “*normalmente habrá de instrumentarse a través del concepto de infracción del ‘interés social’, cuya fenomenología extiende ahora la reforma a la lesión injustificada del interés del accionista minoritario*”. Lo relevante aquí es que, para determinar si el acuerdo debe o no anularse, no se trata de limitarse a analizar si ha habido o

## URÍA MENÉNDEZ

no una infracción del deber de lealtad; además, ha de examinarse si se ha producido o no una verdadera lesión al interés social. El supuesto no es puramente teórico, porque puede haber situaciones en las que un comportamiento infractor del deber de lealtad no sea *per se* contrario al interés social. De hecho, aunque no quepa identificar los conceptos de infracción del interés social y perjuicio patrimonial a la sociedad, el artículo 227.2 LSC, al establecer la acción de devolución del enriquecimiento obtenido por el administrador, está aceptando que pueda haber casos en que la actuación infractora no cause perjuicio a la compañía. Lo mismo puede ocurrir con el interés social. Puede incluso ocurrir que el acuerdo adoptado esté alineado con el interés social y sea beneficioso para éste.

Con un ejemplo puede verse más claro. Piénsese en un acuerdo adoptado con mayoría suficiente gracias al voto de consejeros que, por su vinculación con el tercero con quien se propone la celebración de un negocio jurídico, tienen deber de abstención. Para dar contenido al acuerdo, pensemos en una situación que se da no sin frecuencia en los grupos de sociedades: en el consejo de administración de una sociedad se toma un acuerdo consistente en decidir la prestación de una garantía de determinadas obligaciones financieras de la sociedad matriz. Votan a favor consejeros con deber de abstención y gracias a su voto el acuerdo es aprobado. Después se firma el contrato de garantía en ejecución del acuerdo adoptado. El acuerdo es entonces impugnado. Para la solución de ese procedimiento judicial pueden seguirse dos planteamientos. Uno, consistente en sostener que la infracción por los consejeros de su deber de abstención constituye una infracción de norma imperativa directamente determinante de su nulidad por ser decisivo su voto (artículo 204.3.d) LSC; v., en este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 30 de octubre de 2013 -AC 2013/2043-). Otro, consistente en entender que la sanción de la apreciación de una situación de conflicto de interés en la adopción de un acuerdo del órgano de administración no es la nulidad por infracción de una norma legal y que sólo procederá la anulación del acuerdo si es contrario al interés social. En este segundo planteamiento, la infracción del deber de abstención no bastará, *per se*, para determinar la anulación del acuerdo adoptado; será necesario, además, que se pruebe que ese acuerdo es lesivo para el interés social de la sociedad. Este planteamiento cuenta con el respaldo de no pocos precedentes judiciales, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 17 de octubre de 2008



## URÍA MENÉNDEZ

(JUR 2009\79460), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 18 de diciembre de 2013 (AC 2013\604), o la más reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 9 de enero de 2014. E incluso en la doctrina más autorizada se propone una tesis distinta que podría calificarse de intermedia para este tipo de situaciones de infracción de una regla de procedimiento en grupos de sociedades: *“sustituir aquella nulidad fatal asociada a una infracción de ley por una consecuencia menos grave, pero no desprovista de contenido ‘sancionador’, que es cabalmente la inversión de la carga de la prueba de la fairness de la transacción. De este modo, el juez anulará el acuerdo de que se trate a no ser que los administradores demuestren cumplidamente que la transacción a que se refiere fue justa y razonable para la sociedad, demostración que eventualmente -dentro de los grupos de sociedades- podrá realizarse en el marco de un juicio sobre ventajas comparativas y compensatorias”* (Paz-Ares, C., *op. cit.*, p. 52). Naturalmente, no es este comentario el lugar oportuno para agotar esta discusión. Pero sí resulta de utilidad dejarla adecuadamente planteada para poner de manifiesto que, en este tipo de comportamientos, la decisión sobre la anulación o no del acuerdo de que se trate no se limita, sin más, a constatar que se ha producido una infracción del deber de lealtad, sino que se extiende o comprende también otras cuestiones, como la que exige atender si hay o no una auténtica lesión al interés social.

Ese ejercicio, sin embargo, no sería posible si se sostiene, sin más, que la acción de anulación de los actos o contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad es una acción de nulidad de pleno derecho por ilicitud de la causa. Piénsese, en el ejemplo antes propuesto, en una sociedad en la que no existe órgano colegiado de administración, sino un administrador único. Sin previo acuerdo, ese administrador celebra directamente el contrato de garantía. No hay, pues, acuerdo que pueda ser objeto de la acción de impugnación de acuerdos sociales. El contrato celebrado podría, así, ser susceptible de la acción de anulación a que se refiere el artículo 232 LSC. Y si se constata la existencia de infracción del deber de lealtad por la vinculación entre el administrador y el tercero con quien se concierta la operación, de seguirse la tesis de la nulidad radical, la consecuencia será la declaración de nulidad del contrato, sin que quepa entrar en consideraciones sobre si ese contrato es o no contrario al interés social.

## URÍA MENÉNDEZ

Como puede comprobarse, se produciría una verdadera asimetría en el tratamiento de situaciones sustancialmente coincidentes, que dependería exclusivamente de si el acto o contrato viene o no precedido de la adopción del correspondiente acuerdo social.

En el plano práctico, relacionado con el principio de seguridad jurídica, se podrían también producir situaciones poco deseables de mantenerse que la acción de nulidad del artículo 232 LSC es de nulidad de pleno derecho. La acción no estaría sometida a plazo de ejercicio, lo que podría dejar relaciones contractuales de años sometidas a una situación de permanente incertidumbre, en las que, además, de plantearse su nulidad absoluta tras mucho tiempo, sería difícil producir efectos restitutorios plenos en caso de declaración de su nulidad. Y a ello habría de añadirse que para el ejercicio de la acción estaría legitimado cualquier sujeto con interés legítimo, lo que supondría una marcada ampliación del círculo de potenciales actores, no ya a la propia sociedad y los socios, sino incluso a terceros distintos (por ejemplo, el acreedor que no intervino en la relación contractual viciada por el comportamiento infractor del deber de lealtad, pero que ve su propia posición contractual en peligro como consecuencia de esa otra relación contractual). Finalmente, la tesis de la nulidad radical dificulta la determinación naturaleza del régimen de dispensa del artículo 230 LSC, especialmente de la dispensa otorgada *ex post*, que parece más cercana a un supuesto de confirmación de negocio anulable.

La solución a las reservas propuestas podría discurrir por varios caminos.

Uno pasaría por introducir la discusión sobre el perjuicio o no al interés social en la determinación de la ilicitud de la causa, de manera que para apreciar ésta no bastaría con constatar la existencia de una infracción del deber de lealtad, sino que además sería preciso comprobar que el acto o contrato es contrario al interés social. La acción sería en todo caso de nulidad radical, pero la ilicitud de la causa no derivaría de la sola infracción del deber de lealtad sino que reclamaría también la lesión al interés social.

Para afinar esta propuesta, puede seguirse un planteamiento semejante al que la doctrina viene sugiriendo, en los términos antes expuestos, cuando se trata de acuerdos sociales en los que se plantea la posible infracción del deber de lealtad como causa de nulidad del acuerdo. La sola infracción del deber de lealtad no sería, así, suficiente para la constatación de una causa ilícita, sino que debería comportar, además, una lesión del interés social. Dados los caracteres

## URÍA MENÉNDEZ

del deber de lealtad, sería lícito entender que, en principio, su infracción encierra también una lesión del interés social. Pero cabría prueba en contrario, destinada a acreditar que el acto o contrato no es contrario al interés social o que incluso está alineado con éste. Se produciría así una suerte de inversión de la carga de la prueba, de manera que la constatación de la infracción del deber de lealtad operaría como una presunción *iuris tantum* de perjuicio al interés social. Al actor correspondería la carga de la prueba de la infracción del deber de lealtad, y al demandado la posibilidad de justificar la fairness de la operación desde el punto de vista del interés social. De manera que, de hacerlo, no podría declararse la nulidad del acto o contrato por no ser ilícita la causa. En este planteamiento, la dispensa, sobre todo la posterior, eliminaría la posibilidad de apreciación de lesión del interés social y, por tanto, se alejaría del instituto de la confirmación del negocio anulable.

Otra vía pasaría por configurar la acción de anulación del artículo 232 LSC con contornos propios de una acción de anulabilidad o nulidad relativa. La principal dificultad de este segundo camino estaría en el encaje de estos supuestos en alguno de los vicios de anulabilidad contemplados por el ordenamiento. Pero la dificultad podría superarse entendiendo que se estaría, en estos casos, no ante defectos por sí solos estructurales del propio negocio jurídico, sino de defectos en la formación de la voluntad de uno de los contratantes (la sociedad en cuyo seno se ha producido la lesión al interés social); en definitiva, de una suerte de vicio de voluntad próximo a un vicio del consentimiento, que consistiría en la emisión de la declaración de voluntad con lesión del deber de lealtad y, además, de manera contraria al interés social. El consentimiento sólo estaría realmente viciado si, además del comportamiento puramente infractor del deber de lealtad, el acto o contrato es contrario al interés social. Esta tesis (que podría sostenerse con más facilidad en los casos de las infracciones tipológicas que en los de infracciones sustantivas) solucionaría los problemas de ausencia de plazo para el ejercicio de la acción, que estaría sometida a la caducidad del artículo 1.301 del Código Civil. Además, sería compatible con la idea de dispensa, que como se ha visto no es fácil de encajar en una acción de nulidad de pleno derecho. En efecto, en tanto el artículo 230 LSC permite la dispensa *-a priori o a posteriori-* por parte de la junta general o del órgano de administración de los actos y contratos realizados por los administradores con violación del deber de lealtad, esta dispensa podría interpretarse como

## URÍA MENÉNDEZ

una confirmación -en el caso de la dispensa *a posteriori*- del negocio anulable *ex artículo* 1.309 del Código Civil.

La jurisprudencia inmediatamente anterior a la reforma ha reconocido la legitimación de los socios para ejercitar la acción de nulidad por ilicitud de la causa de negocios jurídicos celebrados por la sociedad. Se trata de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013 (RJ 2013/4597, Ponente Ignacio Sancho Gargallo) y 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5044, Ponente Rafael Sarazá Jimena), ambas relativas a un mismo conflicto societario y objeto de cita por los autores partidarios de la tesis de la nulidad de pleno derecho. Analicemos esas Sentencias con algo de detalle por si pueden servir de referencia en la labor de determinación de la naturaleza de la acción de anulación del artículo 232 LSC.

En la primera de esas resoluciones, relativa a un contrato de compraventa de la nuda propiedad de un local perteneciente a la sociedad, se concluye que el contrato es nulo por ilicitud de la causa sobre la base del siguiente razonamiento: *“la transmisión del único activo de la sociedad patrimonial, de la que forman parte como socios por partes iguales cuatro hermanos, a favor de otra sociedad que se constituye al efecto por tres de ellos, bajo la apariencia de una compraventa, que en realidad encubre una disposición a título gratuito, pone de manifiesto la ilicitud de la causa del negocio, que no era otra que defraudar los legítimos derechos de la única hermana que no formaba parte de la sociedad adquirente”*. En materia de legitimación, el Tribunal Supremo se refiere a la jurisprudencia que reconoce la legitimación de un tercero que no haya sido parte en el contrato *“siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato”* y entiende que esa situación se da porque *“la demandante, en cuanto socia titular de participaciones que representan el 25% del capital social de la sociedad vendedora tiene interés jurídico en instar la nulidad de la compraventa del principal activo inmobiliario de la sociedad... pues se ve afectada como consecuencia del efecto reflejo que la enajenación del bien ha supuesto en la devaluación de sus participaciones. Este interés jurídico de la socia demandante no se agota en la legitimación para una eventual acción de responsabilidad social contra la administradora por el perjuicio causado a la sociedad... sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de la causa”*.

## URÍA MENÉNDEZ

La segunda Sentencia se refiere a otro episodio del conflicto societario existente en la misma sociedad. La operación se describe de la siguiente forma: *“los negocios jurídicos impugnados... integraron una operación destinada a defraudar los derechos que los demandantes tenían como socios de Cuevalosa, S.A., mediante la segregación y aportación de las partes más valiosas de la finca que constituía el principal activo del patrimonio social de Cuevalosa, S.A. a las sociedades Cuevalosa la Nueva, S.L. y Nueva Grapa, S.L., como aportaciones dinerarias a varias ampliaciones de capital, y la posterior enajenación de las participaciones sociales que a cambio recibió Cuevalosa, S.A. a entidades controladas por los socios mayoritarios de ésta, por un precio muy inferior al valor de mercado”*. Para el Alto Tribunal, lo que determina la ilicitud de la causa y en consecuencia la nulidad del contrato es *“la defraudación de los derechos de los demandantes como socios de Cuevalosa, S.A. que supone la despatrimonialización de la sociedad”*, advirtiéndose que el hecho de que *“la conducta del órgano de administración de Cuevalosa, S.A. pudiera dar lugar a la responsabilidad de quienes lo integraba no obsta la nulidad de los negocios jurídicos concertados cuando concurre causa legal para ello”*.

Como puede comprobarse, en las Sentencias analizadas la apreciación de la ilicitud de la causa determinante de la nulidad del contrato no radica en la existencia de una infracción del deber de lealtad de los administradores. Se trata de un motivo diferente, relacionado con la defraudación de los derechos de los demandantes en su condición de socios de la compañía y el efecto reflejo que sobre esos derechos representa el negocio jurídico discutido. Son derechos propios e individuales de los socios en su condición de tales. No hay referencia a la protección de la sociedad o el interés social ante un comportamiento infractor del deber de lealtad. La relevancia de estas resoluciones está, por tanto, solo en el reconocimiento en esos supuestos de legitimación a los socios para el ejercicio de la acción de nulidad por ilicitud de la causa de negocios jurídicos celebrados por la sociedad. Pero no parece que por sí solas sirvan para afirmar que en caso de infracción del deber de lealtad la acción de anulación del artículo 232 LSC es la de nulidad absoluta.

Cabe, finalmente, establecer los efectos y consecuencias que la acción de anulación tendría de sostenerse que se trata de un caso de nulidad relativa. Para ello puede acudir a la doctrina clásica, que, por cierto, utiliza la denominación de *“acción de anulación”* para referirse a la

## URÍA MENÉNDEZ

anulabilidad, frente a la de “*acción de nulidad*”, reservada a la nulidad absoluta. Como explica De Castro, F., en *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 508, “*declarada la nulidad de un negocio jurídico por sentencia judicial, se producirán los efectos propios de la declaración de nulidad. destruidas sus posibilidades de confirmación y de sanarse por la caducidad de la acción de nulidad, aparece la originaria invalidez del negocio jurídico. La anulación, se dice, tiene eficacia retroactiva (‘ex tunc’). También, desplegará sus naturales efectos destructivos sobre los títulos y derechos fundados en el negocio que se anula (‘resoluto iure dantis, resolvitur et iuis accipientis’); sin otras limitaciones que las resultantes de la protección especial debida a los terceros amparados en la publicidad y en la buena fe*”. En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción, cierto es que el artículo 1.302 del Código Civil se refiere sólo a los obligados principal o subsidiariamente “*por la naturaleza de la nulidad relativa, dada en beneficio del protegido, a quien no se le puede negar la facultad de beneficiarse con el contrato, si le conviene, y también la de confirmarlo*” (De Castro, F., *op. cit.*, p. 507). Pero en este caso cabría considerar la posible ampliación del círculo de legitimados a los socios de la compañía, si se entendiese que el deber de lealtad de los administradores, en la medida que busca la protección del interés social, se establece en beneficio de todos los integrantes del contrato de sociedad, no sólo la sociedad, sino también los propios socios. Mas esta última reflexión, que únicamente se deja apuntada, puede ser igualmente sometida a serias reservas. Lo que sí que podrían hacer los socios, siguiendo la jurisprudencia resultante de las Sentencias que se acaban de citar, es ejercitar la acción de nulidad por ilicitud de la causa, pero en tal caso la ilicitud de la causa no se habría de basar en la infracción del deber de lealtad, sino en la posible defraudación de sus derechos individuales como socios de la compañía.

Manuel García-Villarrubia Bernabé