

2. MERCANTIL

La infracción del deber de lealtad en clave de nulidades

Violation of the duty of loyalty in terms of annulments

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: La doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales sobre la naturaleza de la acción de anulación ante la infracción del deber de lealtad de la Ley de Sociedades de Capital.

ABSTRACT: *The contradictory doctrine in the Provincial Courts on the nature of the annulment action in the event of a breach of the duty of loyalty of the Capital Companies Law.*

PALABRAS CLAVE: Acción de anulación. Deber de lealtad.

KEY WORDS: *Action for annulment. Duty of loyalty.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONCURRENCIA DE REMEDIOS.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya hemos venido poniendo de manifiesto, en otras ocasiones¹, ya hemos atendido a la naturaleza jurídica de la acción de *anulación* que nos ofrece el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital y no resulta nuestra intención volver a incidir sobre lo mismo, más allá de lo estrictamente necesario, reflejando en este caso el nuevo y reciente criterio que nos ofrece sobre el particular la Audiencia Provincial de Madrid en contradicción con el resuelto por otras Audiencias Provinciales, como por ejemplo, la de Barcelona, lo que nos hace estar atentos ante la posibilidad de recurso de casación, en su día, ante la contradicción de doctrinas en nuestra jurisprudencia menor.

De esta forma, en la reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y con remisión a la existente sobre el particular del Tribunal Supremo, no solo destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero

de 2021 (Id Cendoj: 08019370152021100195) que anuda la consecuencia de la nulidad absoluta por causa ilícita del contrato suscrito con infracción del deber de lealtad y sin evitar el conflicto de interés mediante el previo acuerdo de la junta general correspondiente, sino que también colacionamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.^a) número 490/2021 de 27 abril de 2021 (JUR/2021\267872), que sobre el particular razona lo siguiente:

4.2. *La Sentencia de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de junio de 2020 (PROV 2020, 250791) (Pte: D. Javier Antón Guijarro) dice lo siguiente:*

SEGUNDO: El deber de lealtad que incumbe al administrador social y que se encuentra configurado en sus términos generales en el artículo 227 LSC, aparece desarrollado en el artículo 228 LSC para desglosar cada una de las obligaciones básicas que lo integran, siendo una de ellas la del deber de evitar las situaciones de conflicto de intereses personales. El apartado e) del artículo 228 LSC regula esta concreta obligación al disponer que el deber de lealtad obliga al administrador a «e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

Este deber de evitar las situaciones de conflicto de interés, tal y como aparece regulado en el apartado e), resulta a su vez desarrollado en el artículo 299-1 LSC en el que se describen una serie de conductas respecto de las cuales el administrador tiene la obligación de abstenerse, siendo la primera de ellas «a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad».

De esta regulación se extrae que el administrador social viene obligado, como concreción del deber genérico de lealtad, a adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses, como puede ocurrir en el caso de las transacciones realizadas con la sociedad. La primera precisión que cabe realizar es que, como destaca la doctrina mercantilista, lo que la norma está tipificando es un supuesto de peligro abstracto pues lo que se persigue no es tanto sancionar un resultado dañoso o lesivo como el evitar la situación misma de riesgo con la tentación que conlleva de alcanzarlo. Se trata por tanto de un deber que se despliega ex ante y que se resume en la regla «ningún conflicto». Y la segunda es que esta regla general de abstención rige en todas aquellas transacciones con la sociedad tanto si la otra parte es el propio administrador como si lo es una persona vinculada a él (vid. art. 229-2 LSC), entendido este último concepto en los términos del artículo 231 LSC.

4.3. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5282) (Pte: D. Rafael Sarazá Jimena) dice lo siguiente:*

TERCERO. Decisión del tribunal (I): consideraciones generales sobre el deber de lealtad de los administradores sociales consistente en la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés

...

3. *Los preceptos legales relevantes para resolver el recurso, a excepción del artículo 231 LSC, han sido redactados por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.*

4. El artículo 227.1 LSC establece:

«Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad».

5. Este precepto establece el deber de comportamiento leal de los administradores, que actúa como cláusula general respecto de las concreciones que se desarrollan en los artículos siguientes.

6. Esta formulación genérica del deber de lealtad se ve complementada con una enumeración ejemplificativa de las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad, que se contiene en el artículo 228 LSC. Su último apartado, letra e), establece:

«En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

7. Esta obligación es, a su vez, desarrollada en el artículo 229.1 LSC que, en sus seis apartados (letras a) a f)), enumera una serie de obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés del artículo 228.e) LSC.

8. Las enumeraciones contenidas en los artículos 228 y 229 LSC no son exhaustivas, por lo que la regla del artículo 227.1 LSC mantiene su valor de cláusula general y permite valorar, desde la óptica del cumplimiento de este deber de lealtad, otras conductas de los administradores.

9. El artículo 229.2 LSC dispone que «[l]as previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador». A su vez, el artículo 231 LSC contiene un listado, con el carácter de *numerus clausus* [relación cerrada], de quiénes son esas personas vinculadas a los administradores sociales a los efectos del deber de evitar situaciones de conflicto de interés. En consecuencia, el deber de lealtad es infringido tanto cuando el conflicto de interés se produce entre la sociedad y el administrador, actuando este por cuenta propia o ajena, como cuando el conflicto se produce entre la sociedad y una persona vinculada con el administrador, considerándose como persona vinculada cualquiera de las enumeradas en el artículo 231 LSC.

10. Dado el sistema de cláusula general con varias subcláusulas ejemplificativas que utiliza la Ley de Sociedades de Capital para regular el deber de lealtad de los administradores sociales, el administrador social habrá vulnerado el deber de lealtad también en supuestos en los que su conducta determine una situación de conflicto de interés que no se ajuste necesariamente a alguno de los supuestos previstos en los distintos apartados del artículo 229.1 LSC. Pero el recurso de casación se ha fundado en que la infracción legal cometida por la sentencia recurrida ha consistido en no considerar que los administradores cesados incurrieron en las conductas descritas en los apartados a) y f) del artículo 229.1 LSC, por lo que debemos ceñir nuestra resolución a valorar si la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ha infringido, por haberlos aplicado incorrectamente, los preceptos legales invocados como fundamento del recurso.

CUARTO. Decisión del tribunal (II): el conflicto de interés consistente en la realización de transacciones con la sociedad

1. Al resolver este primer motivo del recurso, decidiremos si la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado el artículo 229.1.a) LSC al no haber apreciado la vulneración por parte de los consejeros cesados de la obligación de evitar el conflicto de interés regulada en dicho precepto.

2. El artículo 229.1.a) LSC dispone que el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 LSC obliga al adminis-

trador a abstenerse de «[r]ealizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad».

10. Como hemos explicado anteriormente, el artículo 229.1 LSC desarrolla las obligaciones básicas que se derivan a su vez del deber de evitar las situaciones de conflicto de interés establecido en el artículo 228.e) LSC. El artículo 229.2 LSC extiende esas obligaciones al caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador, y persona vinculada solo lo es una de las enumeradas en el artículo 231 LSC, que contiene una lista cerrada.

11. Por tanto, para la aplicación del artículo 229.2 LSC no basta cualquier vinculación entre el administrador y la persona que realice la conducta prevista en el artículo 229.1.a) LSC. Las personas vinculadas al administrador, a efectos de aplicar el artículo 229.2 LSC, son exclusivamente las enumeradas en el artículo 231 LSC. La vinculación social consistente en que el administrador social sea, a su vez, alto directivo o incluso administrador de otra sociedad con la que se produce el conflicto de interés no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 231 LSC, salvo que el administrador social en cuestión ejerza, respecto de la otra sociedad, un control en alguna de las formas previstas en el artículo 42 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), lo que no sucede en el caso objeto del recurso.

12. El artículo 228.e) LSC, del que es desarrollo el artículo 229 LSC, establece como una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, la de «[a]doptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad». La proyección de esta previsión sobre el supuesto del artículo 229.1.a) LSC estriba en que el conflicto aparece también (y debe ser evitado) aun cuando el administrador realice las transacciones con la sociedad en interés ajeno y no propio (con independencia de que lo haga también en nombre ajeno). En estas circunstancias, colisionan los intereses de dos «principales» y los deberes de lealtad del administrador respecto de cada uno de esos dos «principales», por lo que surge el riesgo de que los intereses de la sociedad administrada queden postergados.

OCTAVO.- Decisión del tribunal: el carácter imperativo del deber de lealtad

3. En primer lugar, a la obligación derivada del deber de lealtad prevista en el artículo 229.1.e LSC es aplicable el apartado tercero del artículo 230 LSC, no el apartado segundo transcrito en la sentencia recurrida. La prohibición de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad se establece en el artículo 229.1.e LSC junto con la prohibición de desarrollar actividades que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Ambas conductas, a diferencia de otras previstas en los anteriores apartados del artículo 229.1 LSC, presentan unos caracteres comunes, fundamentalmente el de no consistir en actuaciones concretas o episódicas, sino en una situación duradera, de carácter estructural, que puede proyectar sus efectos de forma continuada en el tiempo. Por tanto, en el caso de las conductas del artículo 229.1.f) LSC, la dispensa no se realiza para casos singulares, como ocurre con la dispensa regulada en el artículo 230.2 LSC, sino con carácter permanente.

4. Por tal razón, se dota de especiales cautelas a la dispensa de esta conducta. En primer lugar, dicho deber de lealtad solo podrá ser objeto de dispensa en el

supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

5. Además, la dispensa ha de concederse mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

6. Y, por último, pese a la concesión de la dispensa, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle las actividades para las que se le concedió la dispensa cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

7. En el presente caso, no hay acuerdo alguno de la junta general, expreso y separado, que otorgue la dispensa.

8. El régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber. En consecuencia, si se considera que el régimen estatutario establecido tras la entrada de Duro Felguera en el accionariado de EIA XXI (fundamentalmente, las previsiones estatutarias que establecieron el derecho de representación proporcional del socio minoritario junto con la concesión a los administradores nombrados de este modo de derecho de veto en las materias fundamentales), por las circunstancias concurrentes (que ese socio minoritario con derecho a nombrar administradores sociales por el sistema de representación proporcional se encuentra en un conflicto de interés estructural con la sociedad), es incompatible con el deber de lealtad de los administradores sociales, dichas previsiones estatutarias no pueden ser opuestas frente a la imperatividad del deber de lealtad establecido en la ley.

4.4. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1238) (Pte: D. Rafael Sarazá Jimena) dice lo siguiente:

SÉPTIMO. Decisión de la Sala. La comunicación del conflicto de intereses.

1. Pese a que el interés casacional alegado para la admisión del motivo consistía en que la norma en cuya infracción se fundaba el recurso, el artículo 229.1 TRLSC, llevaba en vigor menos de cinco años, al haber sido introducida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ha de precisarse que dicha norma tiene actualmente otra ubicación y algunas modificaciones de redacción, puesto que fue modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

El texto del precepto vigente en el momento en que sucedieron los hechos enjuiciados y que ha de tenerse en cuenta para resolver el recurso es el siguiente:

«Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses.

»1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.

»El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera».

La primera parte de esa norma se encuentra actualmente en la primera parte del artículo 229.3 de la vigente redacción de la ley, que establece:

«En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad».

En cuanto a la última parte del precepto, el artículo 228.c del nuevo texto establece:

«En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...]

»c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado».

2. El precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. En la redacción actual de la ley, también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible.

3. El precepto se encuentra en el capítulo dedicado a los deberes de los administradores.

En cuanto a las consecuencias de la infracción de ese deber, el artículo 236.1 TRLSC vigente cuando sucedieron los hechos, declaraba:

«Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

En la actual redacción de la ley, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, el artículo 227.2 TRLSC establece:

«La infracción del deber de lealtad determinará no solo 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».

Y el actual artículo 232 TRLSC añade:

«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».

QUINTO. A la vista de la doctrina expuesta, su aplicación al caso aquí enjuiciado no puede sino conllevar la total estimación de la demanda, aceptando, en primer lugar, la legitimación activa de CLUB DE GOLF EL CORTIJO, S.L. para ejercitar la acción de nulidad de la escritura pública de reconocimiento de deuda de 13 de octubre de 2010 y, en segundo lugar, declarando la nulidad de la misma al haber infringido el administrador único el deber de lealtad al suscribir dicha escritura no obstante el más que obvio conflicto de interés que existía, debiendo dar a aquí por reproducidas las alegaciones vertidas en el recurso de apelación y expuestas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido siguiente:

Se estima la demanda interpuesta por CLUB DE GOLF EL CORTIJO, S.L. contra INVERSIONES EL ISLOTE DEL FRANCÉS, S.L., PROMOTORA PARQUE SAN JUAN, S.L. y PROMOBANDAMA, S.A. Y HOYA POZUELO, S.L. y, en consecuencia, se declare nula la escritura pública de reconocimiento de deuda de 13 de octubre del 2010 en la cantidad de 7612716,94 euros por haber sido otorgada en

caso de evidente conflicto de intereses sin aprobación previa de la Junta General y sin posterior homologación validante por parte de esta y con expresa condena en costas a los demandados.

Con posterioridad hemos tenido conocimiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 22 de abril de 2022 (Id Cendoj:28079370282022100388), donde se pronuncia aplicando el régimen de la anulabilidad a los supuestos de infracción del deber de lealtad de los administradores, en contra, a juicio nuestro, de la doctrina mercantilista mayoritaria² y de los pareceres de otras Audiencias Provinciales como la de Barcelona y la de Audiencia Provincial de Las Palmas.

De esta forma, razona la Audiencia Provincial de Madrid:

(16).- Aclarado lo anterior, debe ahora determinarse si la causa invocada como fuente de nulidad de los contratos integra un supuesto de nulidad absoluta o relativa, esto es, anulabilidad, ya que de ello depende la aplicación de las distintas instituciones que observan el transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas.

La eventual acción de invalidez de los contratos derivada de la infracción del deber de lealtad de los administradores sociales debe ser calificada de anulabilidad o nulidad relativa. Debe recordarse que el Derecho establece, según la doctrina, diferentes tipos de ineficacia del negocio jurídico celebrado, privándole de las consecuencias que normalmente debería desplegar en el mundo jurídico. Dicha ineficacia, en sentido amplio, se concreta en causas de invalidez, intrínsecas a la propia celebración del negocio, al tiempo de su nacimiento a la vida jurídica, y causas de ineficacia en sentido estricto, por razones extrínsecas al negocio que, en sí mismo contemplado, debería ser válido, pero se establece su ineficacia funcional, como son los supuestos de revocación, rescisión, resolución, reintegración, etc.

Dentro del primer tipo de ineficacia en sentido amplio, esto es, causas de invalidez del negocio, se distinguen a su vez dos instituciones básicas, la nulidad y la anulabilidad. En la primera, nulidad, se cobijan supuestos que la doctrina identifica como de inexistencia misma del negocio, al carecer en origen de alguno de los elementos esenciales que hubieran permitido su nacimiento a la vida jurídica, así como los supuestos en que el negocio se celebró con infracción de normas prohibitivas o imperativas, cuya vulneración tenga prevista la sanción de invalidez absoluta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.3 CC. Son rasgos propios de esta clase de invalidez el operar ipso iure, de manera inmediata, gozar de una acción imprescriptible para su declaración, con efectos erga omnes, y no resultar subsanable.

El segundo tipo de invalidez es la anulabilidad. Se da cuando en la celebración del negocio concurre algún vicio que afecte a sus elementos estructurales o infracción de norma que no lleve aparejada la nulidad radical. En tales supuestos, en negocio, en principio, despliega sus efectos naturales, y lo que se concede a los interesados es la mera posibilidad de ejercer una acción para anular aquel negocio, que, de no ser ejercitada, o no hacerlo en plazo, determina la plena convalidación del negocio y sus efectos. También admite esta institución la denominada confirmación del negocio anulable, artículo 1309 CC, de manera que los interesados, posteriormente al perfeccionamiento del negocio, pueden expresar la voluntad, tácita o expresamente, de aceptar el negocio con sus efectos, pese a la presencia del vicio de anulabilidad. Por tanto, la acción de anulabilidad es plenamente disponible por los sujetos legitimados para ello, y su ejercicio está sujeto a los plazos legalmente previstos, artículo 1301 CC.

De acuerdo con la estructura y caracteres que se ha expuesto de esas instituciones, el encaje de la posible nulidad del negocio celebrado por los administradores sociales con infracción de su deber de lealtad, es el del régimen de anulabilidad, ya que, pese a la existencia del conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad en la celebración del negocio de que se trate, la sociedad puede dispensar de tal conflicto, artículo 230.1 TRLSC, previo a la citada reforma de la Ley 31/2014. Es decir, se establece la disponibilidad de la acción de anulabilidad de dicho negocio por la sociedad, la que puede confirmar la actuación del administrador, si finalmente ese es su interés. Por otro lado, cuando se ha dado tratamiento legal expreso a la afectación de la infracción del deber de lealtad sobre la validez de los negocios celebrados bajo dicha infracción, se ha optado por el régimen de la anulabilidad, como expresa el actual artículo 232 TRLSC, circunstancia esta que apunta a que, en la práctica, ello ya era así antes de su positivización normativa, de acuerdo con los principios generales del Derecho privado. Es decir, si una de las finalidades esenciales de la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, era la de intensificar especialmente la tutela del deber de lealtad de los administradores, no tendría lógica haber optado por la sanción más leve, el régimen de anulabilidad, si en nuestro ordenamiento ya hubiera existido una respuesta más enérgica para su infracción, la nulidad radical.

Incluso ese régimen de anulabilidad se aplicaría en la hipótesis de asumir la alegación de Belinda sobre que también sustentaba su demanda sobre la institución de la autocontratación en conflicto de intereses, donde se admite confirmación o sanación del negocio que resulte de esa autocontratación, vd. SsTS núm. 1133/2001, de 29 de noviembre y núm. 562/2012, de 8 de octubre.

En honor a la verdad, la anulabilidad como solución al problema sí había tenido eco en los autores. De esta forma, GARCÍA VILLARUBIA³ parece decantarse por la configuración de la acción como de nulidad relativa o anulabilidad cuando razona que: «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 solo 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 1301 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 una confirmación —en el caso de la dispensa *a posteriori*— del negocio anulable ex artículo 1.309 del Código Civil».

II. LA CONCURRENCIA DE REMEDIOS

Con crítica a las anteriores posturas, sostuvimos que en realidad dicho conflicto de intereses infringido había que ubicarlo dentro de la ausencia de poder y por tanto en la categoría del contrato inexistente, *ex. artículo 1259 del Código Civil*.

En apoyo de nuestra postura, acudíamos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. — Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. — Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad — Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211*), cuya Parte Dispositiva es la que sigue:

«El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional».

Pero además en casos de ausencia de poder, ¿el acto o contrato con infracción conflictual podría considerarse nulo por causa ilícita o por contravención de norma imperativa? Entendemos que no, ya que la ausencia de poder conlleva la ineficacia del acto o contrato, pero no su nulidad, *ex. artículo 1259 del Código Civil*. ¿Pero sería ratificable?, entendemos que sí, por aplicación de lo previsto en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital (pese a la ausencia de previsión expresa de la ratificación *a posteriori* en dicha norma y con apoyo en la autorización *a priori* que permite la referida norma societaria), lo que lógicamente ha de excluir la categoría de la nulidad, ante la imposible convalidación o ratificación del negocio nulo.

Sin embargo, para los casos de abuso de poder, creemos que, el acto habría de ser considerado nulo por ilicitud causal, en aplicación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, *ex. artículo 1275 del Código Civil* al infringirse la normativa reguladora de los deberes de lealtad previstos para los administradores de las sociedades de capital, con el reproche moral que ello conlleva y con las consecuencias anudadas al respecto que prevé el artículo 1306 del Código Civil.

Es decir, hemos venido exponiendo una solución genérica a través de la ausencia de poder que admite matizaciones en los casos de abuso de poder que sí nos puede conllevar a la nulidad absoluta del acto o contrato a través del que se ha infringido el deber de lealtad, o sea, no consideramos que exista una absoluta y *a priori* exclusión de instituciones debiendo ser las concretas circunstancias del caso la que nos conduzcan a la correcta aplicación de las mismas, por lo que no debería enjuiciarse la exclusión de categorías como de inicio creemos que ha de ser.

Pese a la exclusión categórica de la concurrencia de soluciones o remedios que nos ofrece la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2022 al realizar una contraposición entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, decantándose por esta última, no es menos cierto que la propia Audiencia o bien entra una contradicción o incoherencia en su razonar, o bien, está admitiendo esa concurrencia de remedios que hemos apuntado anteriormente, cuando expresa en sus considerandos finales lo siguiente:

(29) *Efectos de la anulación. La declarada nulidad de los contratos, dada su causa ilícita, por infracción de un deber legal como es de lealtad sobre los administradores sociales, debe alcanzar tanto a las compraventas realizadas como al negocio accesorio que da lugar al derecho real de garantía, la prenda, con los efectos del artículo 1303 CC. De acuerdo con ello, deberán restituirse las partes aquellas prestaciones recibidas, en su caso, con frutos e intereses. También procede la condena a reintegrar por parte de los demandados los gastos en los que EL ENEBRO SA incurrió para la celebración de los citados contratos, gasto derivado de la imposición de la celebración de dichos contratos, acto en que consiste la infracción del deber de lealtad, por lo que ello alcanza también al consejero no vendedor, Sergio»*

Esto es, viene a tildar el contrato con causa ilícita y como sabemos la ilicitud causal es una causa de nulidad absoluta, pese a haberse decantado y razonado en clave de anulabilidad o nulidad relativa.

Al hilo de lo anterior, se hace obligatorio recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021 (sentencia 163/2021 de 23 de marzo de 2021, Rec. 5093/2018) niega la posibilidad de que el préstamo tuviera una causa ilícita al entender que no existía un propósito común de las partes contratantes del préstamo que pudiera tildar al mismo de contrato ilícito, en función de los datos del caso donde los empleados solo fueron condenados en la vía penal por imprudencia en la comisión del delito de blanqueo de capitales y no por dolo, razonando al respecto lo siguiente:

11 *Por tanto, tres son los requisitos para que la motivación jurídicamente relevante constituya la causa ilícita determinante de la ineficacia del contrato: i) ha de ser opuesta «a las leyes o a la moral» (art. 1275 CC); ii) ha de ser determinante de la celebración del contrato; iii) ha de ser común a ambas partes, porque ambas hayan convenido en el mismo propósito ilícito o porque la motivación ilícita de una de las partes sea consentida por la otra, cuanto menos porque la haya conocido y aun así haya celebrado el contrato; esto es, como ha dicho una autorizada doctrina, porque aun siendo la motivación ilícita individual de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.*

(...)

22. *La consecuencia de lo expuesto es que, al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas y/o penales que procede imponer a quienes incumplieron las obligaciones que les imponía la normativa sobre blanqueo de capitales, como de hecho han sido ya impuestas en el ámbito penal.*

Coincidimos con el Tribunal Supremo en que para apreciar la existencia de ilicitud causal ha de constarse el propósito común ilícito en la conducta de ambas partes para aplicarse la previsión de nulidad del artículo 1275 del Código Civil, argumento que traído al tema que nos ocupa nos puede llevar a sostener que la consideración de la infracción del deber de lealtad como supuesto de abuso de poder o como anulabilidad no implica que en función de las circunstancias del caso, este haya de tratarse de un auténtico supuesto de nulidad absoluta por ilicitud causal, en los términos a los que nos hemos venido refiriendo anteriormente.

Eso nos hace decantarnos por la concurrencia teórica de soluciones, según decíamos, con necesidad de especificación, en función de las características del

caso en concreto, pero como en estos momentos estamos atendiendo a la solución de la anulabilidad que ha sido la adoptada por la Audiencia Provincial de Madrid, ¿puede un contrato ser considerado anulable y a la vez nulo por ilícito causal? En nuestra opinión sí, según la concretas patologías contractuales apreciables.

Sobre este particular, recordamos el estudio que sobre la anulabilidad hiciera en su día DELGADO ECHEVARRÍA⁴ donde gráficamente y con claridad razonó al respecto lo siguiente: «...nos interesa señalar que no parece acertado negar la posibilidad de concurrencia de nulidad y anulabilidad en un mismo negocio. Se ha objetado, en una consideración puramente formal y casi diría verbalista, que el negocio absolutamente nulo, inexistente, que no produce ningún efecto, no podría ser impugnado, como no se podría matar a un muerto, o expulsar a un enemigo inexistente. Pero si nos despojamos de las imágenes y tenemos en cuenta que las distintas formas de ineficacia no son sino disciplinas diversas que el ordenamiento prevé para cuando concurren ciertas irregularidades o imperfecciones en el negocio, no habrá dificultad en admitir la posibilidad de que la misma disciplina venga ordenada por distintos fundamentos concurrentes, o que disciplinas distingas coincidan en un mismo espécimen negocial, a reserva de precisar luego, según los casos, cuál de ellas debe prevalecer, o cómo se armonizan.

La cuestión tiene importantes consecuencias prácticas. Piénsese en una venta de inmueble, nula de pleno derecho por oponerse a prohibición legal, en que una de las partes prestó el consentimiento por error sustancial. ¿Podrá hacerse valer autónomamente la anulabilidad por esta última causa? Estaríamos tentados a la negativa, no por supuestas razones de lógica como las antes desechadas, sino porque en principio, el Tribunal debería de oficio apreciar la causa de nulidad de pleno derecho, aun no alegada por nadie. Pero, aparte de que puede quedar oculta en el proceso, piénsese en un tercer adquirente del inmueble, conocedor del error, pero no de la infracción legal del negocio en el que no fue parte. ¿Se le consideraría por ello de buena fe y protegido en su caso por el Registro?. A esta inconveniente consecuencia nos llevaría negar el carácter de anulable por vicio del consentimiento a negocio que hemos supuesto además nulo de pleno derecho.

Recuérdese, por otra parte, además que las consecuencias de la declaración de nulidad, o de la anulación, no son las mismas en todos los casos. Puede suceder que ambos contratantes queden obligados recíprocamente a restituirse las prestaciones: es el caso normal, tanto en la nulidad como en la anulabilidad. Pero también que ninguno de ellos o solo uno pueda pedir lo entregado, quedándose con lo recibido: es la hipótesis de causa ilícita. O que uno de ellos no haya de restituir sino en cuanto se hubiere enriquecido, cuando la causa de anulación sea la incapacidad. ¿Qué disciplina de las tres enunciadas se aplicará a un caso en que concurren los supuestos de dos de ellas, o aun de las tres? (por ejemplo, arrendamiento por menor de edad penalmente responsable de un piso para dedicarlo a prostíbulo — siendo ello conocido por ambas partes — en edificio en que esté prohibido por ley especial el arrendamiento). No encuentro en la doctrina ni en la jurisprudencia guía alguna para resolver estos problemas. Da la impresión de que la disciplina de los artículos 1305 y 1306 prevalecerá siempre que medie causa ilícita, aun siendo incapaz una de las partes: lo que aún es más claro si hubo delito por su parte. Fuera de este caso, parece también que el incapaz podrá siempre hacer valer la anulabilidad por esta causa, y por tanto la regulación privilegiada del artículo 1304.

Esto último ocurrirá también cuando concorra, junto a la incapacidad de una parte, otra causa de impugnación a favor de la parte capaz que, por ejemplo,

contrató por error o era persona casada y no contaba con el consentimiento del cónyuge necesario en aquel caso».

El recurso a la cita doctrinal anterior se nos antoja conveniente para poder sostener la tesis que consideramos correcta para el enjuiciamiento de la infracción del deber de lealtad: a saber, pese a la consideración inicial de anulabilidad del supuesto que pudiera hacerse, de seguir los razonamientos (principalmente, sobre la posible convalidación o ratificación del negocio por parte de la junta general de la sociedad) a los que nos conduce el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid, no es menos cierto que según se nos presente el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica puede tornar a la nulidad absoluta en los supuestos de concurrencia de un ilícito causal como pudiera suceder en aquellos supuestos de abuso de poder.

Sin duda, la anterior solución salva también obstáculos en el caso particular del que se trate como el de la legitimación activa del socio para esgrimir la causa de nulidad, siendo este un problema en el que la Audiencia Provincial de Madrid no entra en su análisis de forma debida, obviando, el escollo que para ello supone el artículo 1302 del Código Civil que literalmente restringe el ámbito de la legitimación activa de la anulabilidad del siguiente modo: *«Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos»*.

De hecho, resulta meramente aparente rotundidad con la que la Audiencia Provincial de Madrid resuelve el problema de la legitimación activa del socio en los casos de infracción del deber de lealtad, conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo número 498/2014, de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5044),

«En cualquier caso, para juzgar sobre su legitimación no puede obviarse la causa o el motivo de nulidad invocado. En nuestro caso, en la demanda se invocaron dos causas de nulidad, la inexistencia de causa y la ilicitud de la causa (art. 1276 CC [LEG 1889, 27]), porque la compraventa se realiza sin que conste el abono del precio y a favor de otra sociedad que se acababa de constituir por tres de los cuatro hermanos, socios de la entidad vendedora, siendo la otra socia la que pide la nulidad.

Es decir, es la inexistencia de causa o ilicitud causal y no la configuración del caso como un supuesto de mera anulabilidad la que abre según el Tribunal Supremo la legitimación activa del socio en los casos de infracción del deber de lealtad, con la importancia que ello supone en casos típicos donde si no es por la acción del socio, ni la sociedad en cuestión controlada mayoritariamente por el órgano de administración infractor ni este propio órgano de administración interpondrán —obviamente, conforme a sus intereses— la acción de «anulación» ante el negocio en que se han infringido estas normas de gobierno corporativo.

Pero para concluir, volvamos sobre la calificación del negocio. Como hemos expuesto, en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021 (Id Cendoj: 08019370152021100195), en relación con la nulidad contractual, la actora alegó en la demanda que el contrato de arrendamiento de la vivienda se suscribió por el administrador incumpliendo el deber de lealtad, al haberse otorgado en favor de una persona vinculada (hijo) y en condiciones muy favorables (renta inferior a la de mercado, con una duración de cincuenta años y reconociendo un derecho de subrogación a favor de sus herederos).

En este supuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona se inclinó por la nulidad absoluta al apreciar el ilícito causal (sin duda y en clave de nulidad se puede apreciar que el arrendamiento concertado por padre e hijo obedece a un propósito común ilícito en la conducta de ambas partes para aplicarse la previsión de nulidad del artículo 1275 del Código Civil, en función de las antedichas condiciones

contractuales del arrendamiento en cuestión). En este caso y analizado el caso en clave de nulidad como de hecho efectúa la doctrina mercantilista mayoritaria y las sentencias de las Audiencias Provinciales citadas así como en aquellos casos de abuso de poder a los que nos hemos referido anteriormente, puede sostenerse en nuestra opinión que el ilícito causal derivado de la infracción del deber de lealtad como uno de los ejes del gobierno corporativo, habría de prevalecer en nuestro juicio a la consideración del caso como de nulidad relativa o anulabilidad en contra del criterio tan rigorista y absoluto que nos ofrece la Audiencia Provincial de Madrid, con las importantes consecuencias que ello implica no solo en cuanto a legitimación activa para la interposición de la acción sino también en relación con las restitutorias, en aplicación de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 498/2014, de 23 de septiembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 abril de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 22 de abril de 2022.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO ECHEVARRÍA. La anulabilidad. *Anuario de Derecho Civil*. Fascículo IV, 1976, 1042 y sigs.
- DÍAZ MORENO. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas), en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre 2014.
- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. Las infracciones al deber de lealtad. *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil núm. 35.
- JUSTE MENCÍA. Artículo 227. Deber de lealtad, *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.
- MASSAGUER FUENTES. Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad, *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.
- PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, núm. 39.
- REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 786, 2021
- La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 759.
- La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 790.

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 97, núm. 786, 2021, 2619-2635.

— La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 759, 513-529.

— La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 790, 2022, 1280-1292.

² PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, núm. 39, 64. JUSTE MENCÍA. 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, 360 y sigs.; MASSAGUER FUENTES. 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, 427 y sigs.; y DÍAZ MORENO. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas), en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre 2014.

³ GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. Las infracciones al deber de lealtad. *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil núm. 35, 2015.

⁴ DELGADO ECHEVARRÍA. La anulabilidad. *Anuario de Derecho Civil*. Fascículo IV, 1976, páginas 1042 y sigs.