

2. MERCANTIL

La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad

Legal standing in the annulment action for infringement of the duty of loyalty

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: La infracción del deber de lealtad de la Ley de Sociedades de Capital puede tener consecuencias procesales que necesariamente han de tenerse en cuenta en función de la postura que se adopte, en especial en cuanto a la legitimación procesal.

ABSTRACT: *The infringement of the duty of loyalty may have procedural consequences that must necessarily be taken into account depending of the position adopted, especially in terms of legal standing.*

PALABRAS CLAVE: Acción de anulación. Consecuencias procesales

KEY WORDS: *Action for annulment. Procedural consequences. Legal standing*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Resulta muy conocida la siguiente frase de IHERING: «*la posesión es el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina*» dada la discusión sobre el concepto, naturaleza, clases, efectos y protección de la posesión.

Evidentemente, no es comparable el análisis del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital con la figura de la posesión, aunque sí que podemos afirmar de este último precepto que la inteligencia sobre el mismo dista también

lejos de ser sencilla y pacífica, aunque en el ámbito de la acción de *Anulación*, es cierto que el debate debería ser menor.

El último episodio que conocemos sobre esta norma jurídica nos lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021 (Id Cendoj: 08019370152021100195) que nos acerca, no de forma acertada en nuestra opinión, a la problemática consistente en dilucidar la legitimación activa y pasiva de la acción de nulidad (anulación) del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 la mismo, más allá de lo estrictamente necesario, pero sí poner de manifiesto otro de los problemas que nos ofrece esta norma jurídica, a saber, el de la legitimación activa y pasiva, que no deja de estar conectado con la postura que se adopte en relación con la referida acción de *anulación*.

En el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, los demandantes, Petra y Octavio, socios de la sociedad BB6 S.L., ejercitan acción social de responsabilidad contra Pascual, administrador de la compañía hasta el 27 de octubre de 2015, y contra Pedro, administrador desde el 18 de noviembre de 2015. La acción se sustenta en dos causas concretas: (i) el otorgamiento en el año 2013 de un contrato de arrendamiento en condiciones muy favorables otorgado por Pascual (por entonces administrador) en favor de su hijo Pedro, contrato que se solicita sea anulado, y (ii) el haber percibido los demandados como remuneración durante los ejercicios 2015 a 2017 una cantidad superior a la contemplada en los Estatutos.

En relación con la nulidad contractual, la actora alegó en la demanda que el contrato de arrendamiento de la vivienda de Castelldefels se suscribió por Pascual incumpliendo el deber de lealtad, al haberse otorgado en favor de una persona vinculada 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). Por ello, aparte de la acción social de responsabilidad, solicitó que se declarara la nulidad del contrato y se condenara a los demandados al pago de 123502,35 euros, esto es, la diferencia entre la renta pactada y la que correspondería a valor de mercado. De igual modo, al haber percibido una retribución superior a la prevista en los estatutos (el 2% de los ingresos de explotación), la actora solicitó que se condenara a los demandados al pago de la diferencia entre la cantidad percibida y la que resultaría de acuerdo con los estatutos (58920,64 euros abonados de más a Pascual y 95143,27 euros a Pedro).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial de Barcelona revoca dicha sentencia.

En lo que respecta a la anulación del contrato de arrendamiento y su legitimación (tras aclarar que nos encontramos ante un supuesto de nulidad por ilicitud de la causa, *ex.* artículo 1275 CC), en su FJ Sexto razona lo siguiente:

«SEXTO.- De la anulación del contrato de arrendamiento.

21. En la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, se interesa igualmente la nulidad del contrato de arrendamiento de 1 de julio de 2013. Dicho precepto, introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, bajo la rúbrica “acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad”, dispone lo siguiente:

“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”.

22. Aunque la norma no estaba en vigor cuando se firmó el contrato (sí lo estaba cuando se ejerció la acción), la posibilidad de anular los actos o contratos celebrados con infracción del deber de lealtad ya había sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de abril de 2013, ECLI:ES:TS:2013:3513, 23 de septiembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3850 y 23 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2042), que señala que el interés jurídico del socio demandante no se agota en la legitimación para una eventual acción de responsabilidad social contra la administradora por el perjuicio causado a la sociedad, al amparo del entonces vigente artículo 134 TRLSA (art. 238 de la vigente LSC), sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de la causa. La última sentencia reseñada cita, además, el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 31/2014.

23. Los contratos celebrados con infracción del deber de lealtad no son nulos de pleno derecho por la simple infracción de una norma imperativa (art. 6.3.º CC), dado que la Ley contempla un efecto jurídico distinto (la responsabilidad de los administradores o la “anulación” del acto). La anulación de los contratos tiene como fundamento la ilicitud de la causa (art. 1275 CC). De acuerdo con dicho precepto, los contratos sin causa o con causa ilícita “no producen efecto alguno”, siendo ilícita la causa cuando se oponen a las leyes o a la moral. La doctrina, además, viene considerando que la lesión del patrimonio social es un presupuesto de la acción, lo que en el marco de la acción del vigente artículo 232 parece lógico en la medida que el daño también es presupuesto de la acción de responsabilidad.

24. En principio, en la acción de anulación deben ser parte quienes son parte en el contrato. En este caso, aunque formalmente la sociedad arrendadora BB6, S.L. no ha sido demandada, entendemos que la relación procesal está bien constituida. La acción está estrechamente ligada a la de responsabilidad de administradores y ha sido ejercitada por los socios demandantes, que litigan en sustitución de la sociedad y en defensa del interés social.

Si se les reconoce legitimación para recomponer el patrimonio social, parece razonable que la tengan también para anular los actos y contratos dañinos para la sociedad, como la tendrían para el ejercicio de otras acciones de cesación o de remoción de efectos. Sería un sinsentido que los socios intervinieran como demandantes en sustitución de la sociedad y esta necesariamente debiera figurar también como demandada como firmante del contrato. Además, en este caso intervienen en el litigio, junto al arrendatario, todos los socios de BB6 S.L. y quienes son o han sido los administradores sociales. Por último, los demandados no han objetado que la demanda no se dirigiera contra la sociedad.

25. En este caso, tal y como hemos concluido en el apartado anterior, el contrato resulta tan ventajoso para el arrendatario (renta muy inferior a la del mercado y plazo de duración de cincuenta años) como perjudicial para la sociedad. No podemos aceptar que no exista lesión al patrimonio social por el hecho de que el inmueble siempre haya sido objeto de uso familiar, como sostienen los demandados, y que por ese motivo deba mantenerse vigente en los términos —beneficiosos para el arrendatario— en los que se ha pactado durante cincuenta años.

26. La causa del contrato es ilícita por cuanto se ha celebrado contraviniendo normas imperativas relacionadas con el deber de lealtad y de abstención en transacciones celebradas con personas vinculadas en las que el administrador se encuentra

en situación de conflicto (arts. 226, 229.1 ° y 231 de la LSC en su redacción anterior a la Reforma de 2014). El hecho de que el demandante, Octavio, hubiera disfrutado hasta el 2011 de una vivienda en condiciones similares no es relevante, pues ello ocurrió en un contexto de avenencia familiar que ya no existe. El demandante, que forma parte de la minoría, ni percibe remuneración como administrador ni ocupa actualmente vivienda alguna del patrimonio social. Tampoco la aprobación de la gestión social en la junta celebrada el 29 de julio de 2015 es un obstáculo para que pueda prosperar la acción, máxime cuando no es hasta el año 2018 cuando los demandantes conocieron las condiciones del nuevo contrato.

27. En consecuencia, debemos declarar la anulación del contrato de arrendamiento de 1 de julio de 2013 de la vivienda de la AVENIDA000, núm. NUM000, de Castelldefels. Como efecto de la nulidad, el demandado Pedro deberá restituir la vivienda a la sociedad (art. 1303 CC), sin derecho a obtener contraprestación alguna, dado que las rentas abonadas lo han sido en compensación al uso de la vivienda.

Por lo expuesto, debemos estimar el recurso».

En lo que respecta a la legitimación activa, acepta que la misma la tengan los socios de la sociedad sin atención a porcentaje alguno de capital social y en cuanto a la legitimación pasiva, se muestra conforme que no sea necesario traer a la litis como demandada a la sociedad contraparte del negocio de arrendamiento nulo respecto de la sociedad en la que se ha infringido el deber de lealtad.

A nuestro juicio, la argumentación efectuada al respecto no es correcta para ambos supuestos de legitimación, lo que implica que en esta sentencia tampoco podamos encontrar un claro referente interpretativo respecto de la legitimación procesal debatida en el ejercicio de la acción de anulación a la que hace referencia el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) Sentencia núm. 1144/2020 de 22 de junio (*JUR* 2020, 250791), nos introduce el debate —aunque tampoco de forma completa— sobre la confusión existente para la determinación de la legitimación activa que estamos tratando afirmando lo siguiente:

«No aclara el artículo 232 LSC a quien corresponde la legitimación activa para ejercicio de estas acciones de anulación, existiendo un criterio que restringe su ejercicio tan solo a la sociedad, nunca directamente al socio, por cuanto el deber de lealtad del administrador lo es para la sociedad administrada, de manera que será esta última quien podrá ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento de este deber (así SAP Barcelona, Secc 15.ª de 19 de enero de 2018). Frente a ello un sector autorizado de la doctrina mantiene la plena legitimación del socio toda vez que las acciones que contempla el artículo 232 LSC son complemento de la acción general de daños del artículo 236 LSC (estando el socio minoritario legitimado subsidiariamente para su ejercicio ex artículo 239 LSC, y directamente si se trata de la infracción del deber de lealtad), y así lo pone incluso de manifiesto la propia norma del artículo 232 LSC con el empleo del enunciado “no obsta” expresivo del carácter de remedio adicional que tienen estas acciones encaminadas a eliminar las consecuencias del acto infractor».

Que conozcamos, a nivel judicial, existen hasta tres posturas sobre la legitimación activa en el ámbito de la acción de anulación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, respecto de la cual citamos los siguientes exponentes:

(i) Solo la sociedad en cuyo seno se ha ocasionado la infracción del deber de lealtad, estaría legitimada al ser la acción de anulación un complemento de la acción social de responsabilidad, según da a entender la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc 15.^a de 19 de enero de 2018, Id Cendoj: 08019370152018100011.

Esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018, establece lo siguiente:

“(...) la infracción del deber de lealtad legitima a la sociedad para el ejercicio de las acciones de cesación y remoción, en tanto que son acciones de cumplimiento e incumplimiento de los deberes que pesan sobre los administradores en virtud del contrato de administración que les vincula con la sociedad y cuyo reconocimiento legal expreso contiene el vigente artículo 232 LSC (...). Por todo ello, procede desestimar la acción declarativa de prohibición de una concreta actuación que, a juicio de la demandante, viola el deber de lealtad y la acción declarativa de incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, ejercitadas en la demanda, por no posibilitar el incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad esas pretensiones a favor del socio demandante”.

Esta postura fue la defendida en su día por MASSAGUER FUENTES para las acciones de cesación y remoción²: «En defecto de una disposición que se la atribuya directamente, como sucede en el caso de la acción de responsabilidad precisamente por incumplimiento del deber de lealtad —artículo 239.1 II—, o de forma subsidiaria, como sucede en general con la acción social de responsabilidad —artículo 239.1 I—, los socios carecen de legitimación para el ejercicio de esta acción de cesación. La atribución directa de legitimación a los socios para ejercitar la acción de responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad tiene un marcado carácter excepcional, no solo porque se separa de la regla general —artículo 11 LEC-EDL 2000/77463— y de la regla especial en materia de acción de responsabilidad —artículo 239.1 I—, sino también porque ni tan siquiera se extiende a la acción de enriquecimiento injusto, que como la acción de responsabilidad se corresponde con la otra sanción expresamente impuesta por la Ley a los administradores por el incumplimiento del deber de lealtad —artículo 227.2—. Aún más, y de nuevo a falta de norma que así lo prevea, tampoco se configura una legitimación de minoría para el ejercicio de la acción, ni directa ni subsidiaria respecto de la legitimación activa de la sociedad».

No obstante, no es menos cierto que el propio MASSAGUER y en relación con la acción de *Anulación*, sostenía la remisión al Derecho común cuando razonaba lo siguiente: «Los actos o contratos expuestos a la acción de anulación ahora considerada son singularmente los realizados por el administrador o administradores mediante el ejercicio de sus facultades con fines distintos de aquellos para los que se les concedieron, los que articulan las transacciones hechas con la sociedad que no estén excluidas de obligación general de abstenerse de realizarlas, los que sirvan de base para el uso de activos de la sociedad con fines privados, los que instrumenten el aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad, los que establezcan el derecho a obtener ventajas o remuneraciones de terceros indebidas, los que concreten el desarrollo de actividades que entrañen una competencia efectiva con la sociedad, etc. (cfr. artículos 228 y 229.1).

No existen especialidades en materia de legitimación activa, que corresponde a todo aquel que tenga un interés legítimo incluidos en este caso, por tanto, los socios de la compañía a título individual (SSTS de 8 de abril de 2013, 23 de septiembre de 2014), o pasiva, que corresponde a las partes del acto o contrato cuya anulación se interesa —una de las cuales con frecuencia será un testaferro o una sociedad pantalla del administrador o administradores desleales—, ni de caducidad o prescripción, a las que no está sometida la acción. A la liquidación de la relación anulada es aplicable el artículo 1306 1.ª del Código Civil, si la contraparte es un tercero, y el artículo 1306 2.ª del Código Civil, si lo es la sociedad».

(ii) Cualquier socio que tuviera una participación que le permitiera convocar Junta General (5%) JMerc de Gijón (Provincia de Asturias), Sentencia núm. 244/2019 de 30 de septiembre (AC, 2020, 193).

Esta sentencia razona que:

«La cuestión relevante aquí es determinar si un socio puede ser considerado como un “tercero perjudicado” o no, y en mi humilde consideración jurídica, entiendo que sí, que la legitimación activa del socio no debe limitarse a su condición de tal y a los supuestos expresamente previstos en la normativa societaria, sino que también puede tenerla como titular de un interés legítimo, y no solo para impugnar acuerdos sociales o ejercitar acciones derivadas de su condición de socio, sino incluso, excepcionalmente, para impugnar negocios o contratos de la sociedad de la que es socio, por el interés legítimo que tal condición puede otorgarle respecto a negocios sobre activos sociales, pudiendo tener encaje normativo lo aquí afirmado en el artículo 239.1 párrafo 2.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye legitimación activa para ejercitar la acción de responsabilidad a los socios que individual o conjuntamente posean una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, y ello de forma inmediata, sin necesidad de someter la decisión a la Junta General, y en este caso el montante de las participaciones sociales que corresponden a D. Gines le avala para, al amparo de lo establecido en el artículo 168 párrafo primero en relación con el artículo 239.1 párrafo 2.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ejercitar la acción de nulidad. En consecuencia, se desestima la causa de oposición planteada, considerando plenamente legitimado al actor para el ejercicio de la acción de anulabilidad».

Haciéndose eco de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018 MASSAGUER³ con crítica a la misma y cambio de postura al respecto, razona a su juicio que: «En efecto, las acciones del artículo 232 LSC son complemento de la acción de daños del artículo 236 LSC, que, no conviene pasar por alto, es también una acción de incumplimiento, dirigida en este caso a obtener el resarcimiento de la lesión patrimonial ocasionada por la infracción del deber de lealtad. Y así lo pone de manifiesto el empleo de la expresión “no obsta” como eje del artículo 232 LSC, esto es, referida tanto al “ejercicio” de la acción de daños como al de las acciones allí previstas: “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”.

Así pues, el artículo 232 LSC establece una regulación complementaria de la dispuesta en los artículos 236 y siguientes LSC en relación con la infracción del deber de lealtad de los administradores, que se concreta en el establecimiento de remedios adicionales encaminados, sea a evitar el incumplimiento del deber de lealtad o su continuación (acciones de impugnación y cesación), sea a eliminar

sus consecuencias prácticas y jurídicas (acciones de impugnación, remoción y anulación), fines estos que en cambio son ajenos a la acción de daños. Y esta regulación complementaria, como salta a la vista, se contrae al solo reconocimiento de esas acciones. En lo demás, son aplicables las normas reguladoras de la acción de daños derivados del incumplimiento del deber de lealtad y, entre ellas, el artículo 239.1 II LSC, que atribuye legitimación activa para ejercitarla a los socios que individual o conjuntamente posean una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, y ello de forma inmediata, sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Excepción esta última que, precisamente por razones de coherencia sistemática y exigencias propias de la función de que cumplen las acciones complementarias de que se trata ahora, determina que su ejercicio por parte de la sociedad pueda ser promovido directamente por el órgano de administración».

Es decir, a juicio de este autor, las acciones de cesación y remoción del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital no son más que una acción de daños a la que hay que aplicar la legitimación extraordinaria del socio que ostente el 5 % del capital social a la que se refiere el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital, en conexión con el artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque entendemos que el referido autor sigue tras dicha entrada opinando en la remisión al régimen de Derecho común en cuanto a la legitimación activa de la acción de *Anulación*.

(iii) Cualquier persona con interés legítimo (vgr. socio sin tener que alcanzar el 5% del capital social): Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), Sentencia núm. 415/2016 de 21 de julio (*JUR* 2016, 202728).

En el mismo sentido, *Vid.* MASSAGUER FUENTES (*Comentario...*).

Al hilo de esta tesis y aún con la normativa anterior, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo número 498/2014, de 23 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5044), dictada en el Recurso de Casación número 1079/2012, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA, que en su Fundamento de Derecho Quinto, expresa:

«1. La legitimación de los socios para pedir la nulidad de los contratos y demás negocios jurídicos concertados por la sociedad ha sido abordada en la reciente Sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril (*RJ* 2013, 4597) (recurso de casación núm. 190/2011). En dicha sentencia declaramos:

»Es cierto que la Sentencia de 5 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7933) (recurso núm. 2849/1993) entendió correctamente denegada a los socios de una sociedad la legitimación para pedir la nulidad de la compraventa realizada por la sociedad, en un supuesto en que la venta era atacada porque se aducía que el administrador “ha obrado en contra de los deberes que le incumben, derivándose un perjuicio para los accionistas, en otros términos, en beneficio de la sociedad compradora y sin requerirlo el fin social”. Argumentaba que “ello no les da la condición de terceros perjudicados, sino la de socios perjudicados, que pueden accionar de acuerdo con el artículo 134 del TRLSA (*RCL* 1989, 2737y *RCL* 1990, 206) (*RCL* 1989, 2737 y *RCL* 1990, 206), no fuera de las normas societarias. Solo cuando se diesen las circunstancias prevenidas en el apartado 4 del susodicho precepto podrán exigir ellos mismos la responsabilidad al administrador, pero en modo alguno poseen legitimación para atacar los negocios jurídicos llevados a cabo por el administrador en usos de sus poderes siempre que lo estimasen contrarios a sus intereses. El derecho societario sería un verdadero caos si se admitiese lo contrario, olvidando los efectos de toda actuación representativa en su ámbito”.

»Por su parte, la Sentencia de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8095) (recurso núm. 3030/1993), en un supuesto en que la ineficacia invocada era una “nulidad radical o de pleno derecho por haberse realizado las transmisiones patrimoniales de la sociedad anónima (...) con infracción de normas de obligado cumplimiento relativas a la liquidación de este tipo de sociedades”, argumenta que “integrados los socios en la personalidad jurídica social, todos ellos son parte en los contratos así celebrados por el representante del ente social, y, por ello, no cabe reconocer a los socios actores-recurrentes la condición de terceros legitimados para instar la nulidad radical o de pleno derecho”.

»Pero el hecho de que en dos casos, a la vista de las circunstancias concurrentes, el tribunal ratificara que los socios carecían de un legítimo interés para impugnar la nulidad de una compraventa realizada por la sociedad, no permite concluir que constituya jurisprudencia de esta Sala que los socios carecen, con carácter general, de esta legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los contratos celebrados por quien ostenta la representación orgánica de la sociedad.

»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 del Código Civil [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.

»Para el ejercicio de este tipo de acciones, la jurisprudencia 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» (Sentencia 4/2013, de 16 de enero (RJ 2013, 2406), con cita de muchas otras anteriores, entre otras la 145/2004, de 28 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1447), 621/20 01, de 23 de junio de 2001 (RJ 2001, 5078) y 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9884)). En nuestro caso, 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, por los motivos invocados, 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, al amparo del entonces vigente artículo 134 TRLSA, sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de la causa».

2. En el caso objeto de este recurso, se ha estimado la acción de nulidad por la existencia de causa ilícita, pues los negocios jurídicos impugnados se habrían celebrado para defraudar los derechos de los socios demandantes.

La aplicación de la doctrina contenida en la sentencia parcialmente transcrita lleva a considerar que los demandantes estaban legitimados para ejercitar la acción de nulidad que fue estimada, en tanto titulares de un interés directo al alegar la existencia de un perjuicio patrimonial causado por los negocios impugnados, razón por la cual el motivo debe desestimarse».

En nuestra opinión, si bien recalcando que en la mayoría de las situaciones nos encontraremos ante una ausencia de poder (*ex. art. 1259 CC*), no es menos cierto que para aquellos casos que hemos calificado de exceso o abuso de poder

dentro del ámbito de aplicación de la acción de Anulación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital⁴, estimamos acertada la postura de considerar legitimado activamente cualquier tercero que acredite interés legítimo (vgr. los socios) sin que ninguna especialidad hemos de hallar en cuanto a la legitimación activa en esta materia, al tratar efectivamente de una acción de nulidad por causa ilícita (ar. 1275 del Código Civil con el reproche moral que ello conlleva y con las consecuencias anudadas al respecto que prevé el artículo 1306 CC), según reconocen las SSTs 8 de abril de 2013 y 23 de septiembre de 2014, antes mencionadas.

Resultando que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F. 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F. 3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F. 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F. 4).

III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Para poder atender a esta cuestión relativa a la legitimación pasiva de esta acción de *Anulación*, hemos de tener presente y partir que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario fue creada por la jurisprudencia como la necesidad de que a una determinada relación jurídico-procesal sean llamados todos cuantos tengan vinculación con el negocio que determina aquella, a fin de que ninguno sea privado de ser oído en el proceso cuyo pronunciamiento le afecte y le interese, produciendo su omisión una infracción del principio de contradicción y una indefensión, siendo así que se viene sosteniendo que la excepción de litisconsorcio ha de apreciarse no solo en el caso de aquellas personas que tuvieran intervención en la relación jurídico-material, sino que basta con que tengan un interés que pueda verse afectado por la resolución judicial que se pronuncie en un proceso en el que no han sido oídos, tratando de evitarse con ello fallos contradictorios y el efecto de la cosa juzgada respecto de terceros no personados en el pleito.

Para que pueda decretarse la nulidad de un contrato es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso (como demandantes o como demandados respectivamente) de todos los que en dicho contrato fueron partes contratantes.

Es doctrina reiterada y uniforme en materia de litisconsorcio pasivo necesario —afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4933)— que en las acciones de nulidad de relaciones contractuales o en que se demanden derechos que conlleven tal nulidad o la presupongan, han de estar presentes en el proceso los que fueron parte en el referido contrato (*Cfr. Tribunal Supremo* 1.^a SS. 23 febrero, 4 de marzo y 22 y 26 de octubre de 1988 [*RJ* 1988, 1277, *RJ* 1988, 1554, *RJ* 1988, 7630 y *RJ* 1988, 7641], 1 y 16 de octubre de 1990 [*RJ* 1990, 7461 y *RJ* 1990, 7872] y 2 de septiembre de 1991 [*RJ* 1991, 6042])).

En todo caso y a pesar de que no hubiere sido propuesta por las partes, se trata de cuestión en la que resulta forzoso entrar. La doctrina jurisprudencial viene admitiendo la posibilidad de estimación de oficio, pues, como recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 3983), los tribunales han de cuidar que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, ya que de no ser así, además de poderse producir fallos contradictorios, se conculcaría el principio de que

nadie puede ser condenado sin ser oído, ni vencido en juicio, principio que ha sido elevado a derecho fundamental por el artículo 24 de la Constitución, que proscribe la indefensión. La apreciación del litisconsorcio pasivo necesario es, de este modo, cuestión de orden público, queda fuera del ámbito de rogación de parte y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales (*Sentencias de 2 de junio (RJ 2000, 3998), 5 y 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10448), 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 388), 1 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1623), entre otras muchas*).

En el caso de autos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, entendemos que hace caso omiso indebidamente a la doctrina jurisprudencial sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Argumenta que no es necesario demandar a la sociedad arrendadora (sociedad que sufre el conflicto de interés dado que es el administrador de la misma quien arrienda el inmueble en favor de su hijo), en función de los siguientes argumentos:

(i) *«Sería un sinsentido que los socios intervinieran como demandantes en sustitución de la sociedad y esta necesariamente debiera figurar también como demandada como firmante del contrato».*

No compartimos la anterior afirmación. En nuestra opinión, la acción de Anulación es una acción de Derecho común sin especialidad en cuanto a su legitimación.

(ii) *«Además, en este caso intervienen en el litigio, junto al arrendatario, todos los socios de BB6 S.L. y quienes son o han sido los administradores sociales».*

Tampoco comprendemos que lo anterior sirva como justificación, ya que no supone más que obviar sino negar de facto la personalidad jurídica de la sociedad arrendadora que sufre el conflicto de interés y su capacidad procesal.

Además, resulta completamente incoherente sostener que estamos ante una acción de nulidad por causa ilícita por infracción del deber de lealtad del administrador y a la vez prescindir de la intervención en el proceso a la sociedad que sufre la infracción del deber de lealtad, sin darle la oportunidad de sostener su propia pretensión incluso diferente a la de los administradores sociales, lo que si bien es difícil según los datos de este caso, no por ello ha de descartarse.

(iii) *«Por último, los demandados no han objetado que la demanda no se dirigiera contra la sociedad».*

Sobre este particular, nos remitimos a lo ya expresado sobre la posibilidad de apreciación de oficio de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

No obstante, los dos problemas más importantes que observamos de la falta de apreciación de oficio en este proceso de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, son:

a) Ausencia de cosa juzgada de la declaración de nulidad para la sociedad que ha sufrido el conflicto de interés.

Tradicionalmente en torno a las acciones de nulidad es donde el Tribunal Supremo ha puesto especial énfasis en este problema. Así recordamos, razonamientos jurisprudenciales como el siguiente:

«entendiéndose que son interesados para estos efectos: los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; sus herederos; los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio, y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio jurídico determinado podría ser nulo para uno de los interesados en él y válido para otro, si este no fue llamado al

proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo raciocinio lógico, que impide que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1961).

El vigente artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé que: *«La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley».*

Es decir, podríamos incurrir en la ilógica situación de que el negocio jurídico cuya nulidad se declara lo fuere para unos (partes procesales) y no para otros (la sociedad no demandada) con lo que la indebida constitución de la *litis*, podría plantearle un serio problema a los demandantes que han obtenido la correspondiente sentencia declarativa de nulidad, ante la ausencia de cosa juzgada *ex* artículos 222.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵.

b) Legitimación activa de los socios para pedir la ejecución de la sentencia de nulidad contractual relativas a la sociedad.

Con el mismo título anterior, destacamos al respecto la interesante entrada del Profesor CORDÓN MORENO⁶, quien mostrándose a favor de la misma, no deja de poner de manifiesto la ausencia de una norma jurídica procesal específica que resuelva la cuestión, por lo que también entendemos que podría dar otro problema procesal a los socios que obtuvieran la declaración de nulidad.

CORDÓN MORENO, razona sobre el particular lo siguiente: «...Nada dice la LEC sobre la legitimación de los terceros para instar la ejecución, a diferencia de lo que ocurre con la legitimación para soportarla (legitimación pasiva), respecto de la cual el artículo 538 contempla diversos supuestos de extensión de la responsabilidad frente a terceros que no figuran como deudores en el título ejecutivo. No existe en la ley procesal civil una norma semejante a la contenida en el artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que reconoce legitimación para instar la ejecución forzosa de las sentencias dictadas en el proceso contencioso-administrativo a «cualquiera de las partes y personas afectadas» y que ha servido de fundamento al Tribunal Constitucional para reconocer, en este orden jurisdiccional, el derecho de terceros interesados tanto a intervenir en el proceso de ejecución como parte codemandada (ver Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1985, de 18 de enero) como a promover la ejecución misma (ver Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2009, de 11 de mayo).

4) En mi opinión son dos las vías para defender la legitimación de estos terceros en el proceso civil: a) considerar, al amparo del artículo 521.1 LEC, que no se trata de un verdadero supuesto de ejecución forzosa, sino de «ejecución impropia» y, ya en esta sede, aplicar el artículo 522.2, que, con norma prevista para las sentencias constitutivas, pero aplicable, en mi opinión, también a las meramente declarativas, legitima a quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo para pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan; y b) en segundo lugar, partir de la eficacia ultra partes de las sentencias meramente declarativas y aplicar analógicamente la jurisprudencia (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, *RJ* 2007/1821), que admite la legitimación para recurrir de los terceros a los que alcancen los efectos de la cosa juzgada».

Si bien coincidiendo con la anterior argumentación procesal para sostener como parte ejecutante al socio que ejercitó la acción de nulidad que afectaba a la

sociedad por las razones antes apuntadas por CORDÓN MORENO, no podemos por menos que manifestar que el «sinsentido» del que habla la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en esta sentencia a la que hacemos referencia en cuanto a la innecesariedad de demandar a la sociedad por parte de los socios que ejercitan la acción de *Anulación ex. artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital*, realmente cobra sentido si efectivamente observamos cómo a través de dicha solución no solo se puede ver vulnerado el derecho de defensa de la sociedad que no ha sido parte en el proceso y era contraparte contractual del negocio nulo por haber sufrido la infracción del deber de lealtad, sino que incluso puede implicar un auténtico problema procesal en la ejecución de la sentencia declarativa de nulidad a los socios y sin que encima pudiera descartarse un ulterior proceso ante la ausencia de cosa juzgada para la sociedad que no ha sido parte procesal.

A nuestro modo de ver y para entender correctamente el alcance y dimensión del problema sería conveniente también tener presente que en el caso de ejercicio de la acción social de responsabilidad mediante la legitimación subsidiaria que el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital confiere al socio en los términos del mismo, no implica que el vencimiento de dicha acción suponga automáticamente el cese del administrador, sino que el socio debería haber solicitado dicho cese en su demanda para lo que tendría que haber demandado, a nuestro juicio, no solo al administrador cuyo cese se pretende sino también a la sociedad administrada por el mismo, dada la relación orgánica que le une a la sociedad administrada con el referido administrador.

Pues bien, la conveniente demanda también frente a la sociedad en el proceso declarativo solicitando el cese del administrador infractor del deber de lealtad no solo supondría introducir claramente a la sociedad como parte legitimada en el proceso de ejecución en cuanto a la ejecución de la nulidad contractual ex. artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al ser claramente acreedora del título ejecutivo (sentencia) en cuanto a los efectos de la acción social de responsabilidad y de la nulidad, sino que en el caso enjuiciado podría haberse incluso eliminado de plano el conflicto social orgánico, pudiendo por tanto haber sostenido la sociedad su propia iniciativa procesal con claridad en el proceso ejecutivo.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de marzo de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1961.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de julio de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 22 de junio de 2022.
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Gijón de 30 de septiembre de 2019.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CORDÓN MORENO. ¿Legitimación de los socios para pedir ejecución de sentencias de nulidad contractual relativas a la sociedad? <https://www.ga-p.com/publicaciones/legitimacion-de-los-socios-para-pedir-ejecucion-de-sentencias-de-nulidad-contractual-relativas-a-la-sociedad/>
- MASSAGUER FUENTES. Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2015.
- 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*. Núm. 759, 513-529.
- REYNAL QUEROL. La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución judicial civil. *INDRET* 2.2021.

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.

REDONDO TRIGO. 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*. Núm. 759, 513-529.

² MASSAGUER FUENTES. Comentario de la Reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo -ley 31/2014. Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2015.

³ MASSAGUER FUENTES. A vueltas con el artículo 232 LSC, <https://almacenederecho.org/vueltas-art-232-lsc>

⁴ Vid. 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.

⁵ Sobre la extensión a terceros de la cosa juzgada, Vid. REYNAL QUEROL. La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución judicial civil. *INDRET* 2.2021.

⁶ CORDÓN MORENO. ¿Legitimación de los socios para pedir ejecución de sentencias de nulidad contractual relativas a la sociedad? <https://www.ga-p.com/publicaciones/legitimacion-de-los-socios-para-pedir-ejecucion-de-sentencias-de-nulidad-contractual-relativas-a-la-sociedad/>, 17 de enero de 2019.