

2. DERECHO MERCANTIL

De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores

Again on the infringement of the duty of loyalty and the scope of the representations of the directors

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.

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

PALABRAS CLAVE: Acción de anulación. Consecuencias procesales.

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

SUMARIO: I. DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—II. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES ANUDADAS A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

En un trabajo anterior¹ ya nos ocupamos del debate sobre la naturaleza jurídica de la acción de *anulación* del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, haciéndonos eco de la opinión doctrinal mayoritaria que estima que nos encontramos ante una acción de nulidad por vulneración de norma imperativa *ex* artículo 6.3 del Código civil. También

pusimos de manifiesto la opinión de otros autores que se decantaban por la anulabilidad e incluso el criterio de la DGRN (Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *BOE* núm. 230 de 23 de septiembre de 2016), que venía a sostener el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

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».

El Tribunal de Justicia, falla en consonancia con las Conclusiones del Abogado General La Pergola presentadas el 12 de marzo de 1997, que sobre el particular y por su interés reproducimos:

«V. Examen del litigio

6. En mi opinión, el artículo 9 de la Directiva, invocado como parámetro de interpretación de la legislación nacional controvertida y de la disposición paralela contenida en los Estatutos de Mediasafe, no se aplica al presente caso. En efecto, comparto la opinión sostenida por el Gobierno sueco y que también fue sostenida, aunque con cierta ambigüedad, por la Comisión, según la cual, la disposición contenida en el artículo 9 de la Directiva no regula el supuesto de que los órganos de la sociedad, a los que se les ha confiado su representación, se hallen en una situación de conflicto de intereses. Las consecuencias que derivan de situaciones de conflicto de intereses de los administradores se rigen pues por el Derecho nacional aplicable.

7. Esta afirmación, que considero correcta, se funda en la propia formulación de la citada disposición que, en mi opinión, se refiere únicamente a la oponibilidad de los límites fijados por la ley, los estatutos o las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes conferidos a los representantes de la sociedad. En definitiva, estamos frente a una disposición que establece un régimen relativo al contenido material y al alcance de dichos poderes. Se trata de límites que se encuentran, por

ejemplo, en las disposiciones que permiten obligar a la sociedad hasta una cantidad determinada o que establecen una distinción según el tipo de negocio jurídico que el representante está autorizado a realizar. Además, ello queda confirmado por el hecho de que la disposición de la Directiva de que se trata se refiere, muchas veces, a la correspondencia entre los actos realizados por el representante y el objeto social, o tiene en cuenta la publicación de los poderes de los que son titulares los órganos sociales. Por el contrario, dicha disposición no se ocupa de las circunstancias subjetivas que influyen sobre el correcto ejercicio del poder de representación.

8. En efecto, el conflicto de intereses determina un vicio en la formación de la voluntad del representante que le impide realizar legítimamente determinados actos, en la medida en que carece de la *contemplatio domini*. En mi opinión, el conflicto de intereses se sitúa en otro contexto muy diferente, es decir, el de las condiciones de carácter subjetivo que permiten el válido ejercicio del poder de representación. En realidad, se trata de una cuestión de falta de poderes de carácter general (se refiere efectivamente a todos los supuestos de representación, y no solo a los relativos al ámbito de las sociedades) que, no obstante, no altera la extensión objetiva de los poderes conferidos al órgano social de que se trate. Por lo tanto, la situación de conflicto de intereses paraliza la competencia y la capacidad de acción del representante en relación con los actos y con los sujetos con los que debe contratar, cuando el interés que persigue en abstracto se escinde y, por tanto, diverge del de la sociedad representada. En este supuesto, se está ante un estado patológico de la representación que no incide sobre la naturaleza ni sobre la amplitud de los poderes conferidos, sino que, por el contrario, afecta a los actos individuales que, por circunstancias que se refieren a la persona del representante, tienen por efecto, o al menos así se presume, lesionar los intereses de la sociedad. La situación de anomalía que caracteriza al representante en caso de conflicto de intereses no está regulada por la Directiva, como tampoco lo están las situaciones de incapacidad natural o legal o de los vicios de la voluntad que pueden incidir sobre la validez de los actos realizados por el mismo representante. En cambio, dicho conjunto normativo tiene por objeto regular las consecuencias de los límites objetivos fijados por las disposiciones legales o de los estatutos, o por las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes de los órganos sociales.

9. Por otra parte, mi análisis se ve reforzado también por la Propuesta de Quinta Directiva sobre las sociedades. (2) En esa ocasión, la Comisión propuso precisamente la adopción de normas específicas que hacen oponibles a terceros contratantes las situaciones de conflicto de intereses en que se halle el órgano social tiene atribuida su representación, aunque únicamente a condición de que la sociedad aporte la prueba de que estos mismos terceros contratantes conocían la irregularidad del acto realizado o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarla (apartado 4 del artículo 10). El hecho mismo de que la Comisión considerase necesario proponer que se legislara expresamente en materia de conflicto de intereses también aboga, por consiguiente, en favor de la exclusión de dicho fenómeno del ámbito de aplicación de la Directiva»².

Pues bien, la actuación de los administradores en vulneración del deber de lealtad y con conflicto de intereses queda por tanto al margen de la aplicación de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, (véase art. 10 de la Directiva 2009/101/CE del parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009), y por consiguiente de la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que a nuestro entender decíamos en su momento que dicha actuación —no estando configurada dentro del poder de representación de los

administradores— ha de configurarse como un supuesto de falta de poder, dentro del ámbito de aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código civil, lo que volvemos a reiterar, casa con la dispensa sobre todo *ex post* que pueda efectuarse.

En realidad, la dispensa *a posteriori* no está prevista en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque no observamos que exista ningún inconveniente al respecto desde un punto de vista dogmático. Si la dispensa es *a priori*, genuinamente estaríamos ante un caso de «autorización», mientras que si la dispensa es *a posteriori*, en realidad estaríamos ante un supuesto de «ratificación».

A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9063), expone la correcta doctrina en cuanto al alcance del artículo 1259 del Código civil:

«2.º El contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La sentencia de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 4884) señala que el recurrente “ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que, la sanción del artículo 1259 del Código civil (LEG 1889, 27), supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada como se ha expuesto por la Sala ‘a quo’— celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo [...]”. La sentencia de 26 de julio de 2001 (RJ 2001, 8428) dice que “[O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del art. 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (RJ 1968, 3408) (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del ‘dominus’), 22 de diciembre de 1977 (RJ 1977, 4837) (presuncionalmente deducida), 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1263) (deducida de datos objetivos de aprobación), y 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1858), [...]”».

El TJUE y el referido Abogado General, son claros en sus argumentos. La lectura de las Directivas de Sociedades, igualmente estimamos que son claras en su interpretación. O sea, los conflictos de intereses no se encuentran dentro del ámbito de representación de los administradores sociales, nos encontramos realmente ante una carencia de poder que ha de solucionarse de conformidad con la legislación nacional no armonizada por las Directivas de Sociedades, es decir, en nuestro caso con la regulación de la ausencia de poder (art. 1259 CC), que fue tal y como calificaron los Tribunales holandeses el conflicto de intereses sucedido, según se puede observar en la propia sentencia del TJUE antes citada.

Se produce por tanto una auténtica reserva competencial del conflicto de interés a la Junta General de la Sociedad, *ex* artículo 230.2 de la Ley de Sociedades de Capital y siendo esto así, lo que es competencia de un órgano social (Junta General) no puede ser actuado por otro órgano social (Administración), salvo la propia excepción cuantitativa que prevé el propio artículo 230.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que conforme a lo que también regulan las Directivas de Sociedades quedan fuera del ámbito de representación de administradores las

materias para las que sea competente otro órgano social, en este caso, la Junta General. Es decir, el exceso del poder legalmente —en el sentido de reserva competencial— conferido al órgano de administración no queda cubierto por aplicación de las previsiones del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, la vinculación que realizábamos del supuesto de hecho conflictual con el deber de lealtad a la consecuencia del artículo 1259 del Código civil, no es menos cierto que la tipificación del caso, admite otras posibilidades en función de si se considera como hacen el Centro Directivo y algunos autores que los casos de conflictos de intereses entran dentro del ámbito de representación de los administradores resultándoles por tanto aplicable, a su juicio, el régimen del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, según nos explicamos a continuación.

Por ello y bajo esa concepción, la infracción del deber de lealtad de los administradores, *ex* artículos 227 y siguientes de la Ley de Sociedades puede dar lugar a situaciones que supondrían tener que ser analizadas desde los supuestos generales de ausencia de poder, exceso de poder o de abuso de poder, en el caso de seguirse esa interpretación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y bajo la admisión de esa postura a los solos efectos dialécticos, efectuamos las siguientes consideraciones.

— Ausencia de poder:

Pensemos en el supuesto de que un administrador incurre en cualquier conflicto de interés bien de los tipificados legislativamente (art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital) o de aquellos que no se encuentran dentro del listado del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital, ej. las situaciones conflictuales que pudieran derivar del artículo 228.e) de la Ley de Sociedades de Capital, pero que a la vez infrinja el régimen competencial atribuido a la Junta General, *vía* artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital.

Para entender correctamente la tipología del deber de evitar situaciones que impliquen un conflicto de interés al administrador *ex* artículo 228.e) de la Ley de Sociedades de Capital exponemos el siguiente razonamiento de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (Id Cendoj: 28079110012020100585), que literalmente razona lo siguiente:

«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».

Es decir, el listado de situaciones de conflicto de interés previsto en el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital no supone un sistema de *numerus clausus*.

En este caso particular de infracción conflictual en confluencia con una infracción competencial (art. 160 f. de la Ley de Sociedades de Capital), como también decíamos en su momento, entendemos que la misma se ajusta a la ausencia de poder³.

En la actualidad el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

«Artículo 10

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta socie-

dad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba».

A nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe claro que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código civil, aunque con límites propios de tal categoría, como luego veremos.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital a la Junta General de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como una auténtica carencia o ausencia de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

Ya en el estudio del antecedente del vigente artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se opinaba que: «El artículo 129.2 TRLSA se refiere a acto para los que aparece legitimado el representante orgánico de la sociedad. Quedan fuera de dicho supuesto, aquellos actos que exceden de dicha legitimación, es decir, en términos del artículo 9.1.1 de la Primera Directiva, de las competencias que la ley atribuye o permite atribuir al órgano de administración. Dichos actos no podrán concluirse válidamente por dicho órgano, por lo que no existiría ni siquiera una vinculación inicial o provisional de la sociedad. En este sentido, quedaría fuera de la legitimación del órgano de representación los actos para los que sea legalmente competente la Junta General, así como los actos evidentemente contrarios al objeto social o negadores del objeto social»⁴.

¿Podríamos entender en este supuesto de ausencia de poder que el acto o contrato con infracción conflictual fuera 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.

— Exceso o extralimitación de poder:

En la doctrina civilista, se ha distinguido con claridad el concepto de exceso de poder del abuso de poder.

Recordamos que el artículo 1714 del Código civil prevé que: «*El mandatario no puede traspasar los límites del mandato*».

Comentando dicho artículo 1714 del Código civil, LEÓN ALONSO⁵ establece la anterior distinción con el siguiente tenor: «Ello porque si retornamos al interés del mandante como eje capital de toda la actuación representativa, por gestión excesiva debe entenderse únicamente el supuesto en que el mandatario, aún traspasando los límites del mandato por realizar actos no expresamente comprendidos en el contenido inicial del mismo, actúa inequívocamente en interés exclusivo del mandante, en tanto que por gestión abusiva debe estimarse el caso en que en idénticas o similares circunstancias, el mandatario realiza actividades en función o valiéndose de su cualidad de tal y de la oportunidad que el encargo le proporciona no ya solo en su propio interés, sino incluso en perjuicio del representado (v. en este mismo sentido la STS de 5 de febrero de 1969)».

Trasladando la posibilidad de que se impartan estas instrucciones en el ámbito societario, nos encontramos el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece: «*Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234*».

En estos casos societarios de exceso de poder, la particularidad de la norma mercantil (art. 161 de la Ley de Sociedades de Capital. *Vid.*, igualmente, el artículo 286 del Código de Comercio, para el factor, del que se desprende que en el Derecho mercantil el exceso de poder no perjudica al tercero, sino al representado) frente a la consecuencia de la norma civil que precisa la ratificación para la vinculación del principal (art. 1727 CC), tiene que evitar un conflicto normativo entre las consecuencias de la validez frente a terceros del acto excedido ya que ha de solventarse predicando dicha validez por la especialidad del artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital frente al artículo 1727 del Código civil.

Sin embargo, el caso que teóricamente nos ocupa no se trataría de un simple acto excedido, sino de un acto con exceso de poder y a la vez con infracción del deber de lealtad, pero, ¿esto es posible?, depende, podríamos decir inicialmente.

Para ello, hemos de acudir tanto al artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital que configura el deber de lealtad del siguiente modo: «*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*» así como al artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, que expresamente como infracción del deber de lealtad que prevé lo siguiente: *En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.*

Si el exceso de poder implica actuar en interés del poderdante o principal (en contraposición al abuso de poder que supone la actuación dentro de los límites del poder pero en interés exclusivo del poderdante) y la obligación de los administradores ha de ser actuar de buena fe en interés de la sociedad, en nuestra opinión, la desatención del interés social (poderdante o principal, en la terminología civilista) hace incompatible el exceso de poder con la infracción del deber de lealtad en que se incurriera por ejercerse las facultades conferidas con fines distintos para las que fueran concedidas.

Por lo tanto, el exceso de poder por contravención de las instrucciones de la Junta General *ex* artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital ha de llevar la validez del acto siempre y cuando la actuación excedida haya sido efectuada en interés social.

Pero, ¿qué ocurriría en aquel caso en que la actuación se hubiera ajustado a las instrucciones de la Junta General, pero se hubiera actuado por el administrador en exclusivo interés suyo sin seguir el interés social con auténtico conflicto de interés? Si bien, ajeno al genuino concepto de exceso de poder y más propiamente dentro del concepto del abuso de poder, creemos que, este 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.⁶

— Abuso de poder:

Como nos enseñó DÍEZ-PICAZO⁷: «el abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante (...) Se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza y la fundamentación de esta sanción de ineficacia que en los casos descritos se aplica a los actos abusivos. Algunos autores sostienen que se trata de un caso de anulabilidad. Esta idea tiene su fundamento más profundo en consideraciones de jurisprudencia de intereses, en virtud de las cuales se entiende que debe hacerse al poderdante árbitro de la situación, de manera tal que se le permita decidir a él mediante un acto de su voluntad la validez o invalidez del acto. Estas consideraciones, admisibles, desde el punto de vista de política legislativa, tropiezan, sin embargo, con la *lex data*. Así, en nuestro Derecho Positivo la anulabilidad carece de base legislativa en que apoyarse. El defecto del acto contemplado parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

En este caso, claramente también nos encontramos en la nulidad por causa ilícita 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.

O sea, se actúa dentro de los límites del poder pero en interés exclusivo del administrador, la aplicación de los artículos 227 y 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, creemos que no deja lugar a dudas a la nulidad por ilicitud causal antes concluida.

II. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES ANUDADAS A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

Llegados a este punto, es cuando nos surgen algunas cuestiones procesales anudadas la infracción del deber de lealtad y que estimamos dignos de mención y a tener en cuenta.

— Ausencia de poder:

¿Cómo hacer valer la ausencia de poder a la que pudiera llevar una infracción del deber de lealtad a la vez con vulneración competencial, en los términos expuestos, en aplicación del artículo 1259 del Código civil? ¿Quién tiene legitimación para hacerla valer, solo las partes del acto o contrato ineficaz o también un tercero, ej. socio o accionista? ¿Se puede solicitar la devolución de prestaciones que se hubieran efectuado con base a ese contrato ineficaz?

Como primera a la respuesta a la primera cuestión, entendemos que en caso de ausencia de poder y negocio ineficaz *ex* artículo 1259 del Código civil, precisamente habría que interponer una acción que declarara la ineficacia del negocio imperfecto concluido por un administrador con conflicto de interés.

Nuestro artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y nuestra jurisprudencia ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992 (RTC 1992, 210), proclama al respecto que:

«La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa».

Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

Como respuesta a la segunda cuestión que nos proponemos, es de aplicación al caso la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el reconocimiento por el artículo 24.1 CE del derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo (por todas, STC 28/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 28], F. 2).

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).

Por ello, un tercero si goza de interés legítimo, ha de tener legitimación activa para la interposición de la referida acción declarativa de inexistencia de contrato efectuado con conflicto de interés y claro que un socio o accionista puede ver repercutido en su esfera jurídica el resultado de dicha declaración de negocio jurídico imperfecto al afectar al patrimonio de la empresa e incluso a la

valoración de sus acciones o participaciones sociales la decisión de conclusión del mismo en conflicto de interés.

Como respuesta a la tercera cuestión, también entendemos que ha de ofrecerse una respuesta positiva al mismo, mediante el recurso a la doctrina del enriquecimiento injustificado.

Declarada la inexistencia negocial, ¿qué título legitimador va a ostentar la contraparte del negocio ineficaz para ostentar en su patrimonio las prestaciones a las que hubiera tenido lugar como consecuencia de la conclusión del negocio conflictual inexistente? Claramente, ninguno.

Nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque en el propio Código civil, se contienen diversas manifestaciones de tal regla, como la prevista en el artículo 1158 y en el propio artículo 1145, lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido como fuente de obligaciones por la jurisprudencia que ha aplicado las reglas clásicas —«*nemo debet lucrari ex alieno damno*» (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) (D. 4,3,28), «*Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*» (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro) (D. 12,6,14)— recogidas en el derecho histórico —«*E aum dixeron que ninguno non deue enriquecerse tortizeramente con daño de otro*» (Séptima Partida Título XXXIII Regla XVII)—.

Ahora bien, para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución; 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente; 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia.

En este caso, entendemos que es posible aplicar la doctrina del enriquecimiento si por la contraparte de la sociedad cuyo administrador ha pretendido contratar incurriendo en un conflicto de interés obtiene una utilidad en ausencia de una relación convencional, como sucedería en este caso de no haber habido ratificación del negocio imperfecto por la Junta General de aquella sociedad.

— Nulidad:

¿Podría el tercero contratante excepcionar la restitución de lo percibido?

La consideración del supuesto como una nulidad contractual absoluta, implicaría la aplicación del artículo 1306.2 del Código civil⁸, pudiendo el tercero contratante que ha sido parte del negocio nulo desleal excepcionar la restitución de la prestación al estar solo la culpa de la misma, por parte de la sociedad cuyo administrador ha infringido el deber de lealtad.

La aplicación del artículo 1306 del Código civil requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido (STS núm. 612/2017 de 15 de noviembre), por lo que la actuación con infracción del deber de lealtad, pudiendo ser considerada como contraria al orden público económico y con reproche social al resultar contravenido el sistema garante del buen gobierno corporativo conllevaría la aplicación de la torpeza causal con el resultado referido como excepción al régimen general restitutorio de prestaciones, previsto en el artículo 1303 del Código civil.

A nuestro juicio, no toda ilicitud causal ha de suponer una torpeza causal. Entendemos que resulta necesario, el reproche moral o la infracción de orden público económico.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo núm. 567/2009 de 30 julio (imposición de precios) resuelve un caso en que en la sentencia de apelación (fto. quinto) se establece que no nos encontramos ante una mera recomendación de precios sino ante una auténtica imposición por remisión a unos listados de precios a los que se obliga a sujetarse al franquiciado, sin que obste que no afecte a todos los productos suministrados, bastando que afecte solo a algunos de los servidos por la franquiciadora, y al afectar la venta [reventa] a los precios indicados al margen comercial se está incidiendo en los ingresos de la franquiciada y con ello en el canon a abonar por la franquicia. Y también se reitera la aplicación del artículo 1306.2 del Código civil al resultar diáfano que las entidades franquiciadoras tenían conciencia de la ilicitud de la imposición de precios o al menos hubieran debido tenerla.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 1306 del Código civil, sobre la inexistencia de inmoralidad, razonando lo siguiente:

«Finalmente se plantea por la parte recurrente la inaplicabilidad al caso del artículo 1306.2.º del Código civil. El planteamiento se estima porque, como se afirma en el recurso no es de aplicación dicho precepto, sino el del artículo 1303 del Código civil, pues ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del artículo 1306 del Código civil con el efecto de «dejar las cosas como están» sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas».

Más recientemente, la STS núm. 612/2017 de 15 noviembre se analiza la nulidad de los contratos sujetos a la Ley 42/1998 y celebrados al margen de sus disposiciones, así como los efectos restitutorios de dicha nulidad.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 1306 del Código civil, sobre la inexistencia de inmoralidad (reproche moral) o vulneración de orden público económico, razonando lo siguiente:

3. Por lo que se refiere a los efectos restitutorios propios de la nulidad declarada, como hemos advertido en ocasiones anteriores, la nulidad por contravención de la ley (art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el artículo 1306 del Código civil (LEG 1889, 27), que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del artículo 1306 del Código civil requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 946), de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se admite la validez de otras modalidades de

constitución de los derechos [Sentencias 449/2017, de 13 de julio (RJ 2017, 3625), 471/2017, de 19 de julio (RJ 2017, 3649), 552/2017, de 27 de septiembre].

Con idéntico objeto procesal a esta STS núm. 612/2017 de 15 de noviembre, e idéntico razonamiento sobre la inaplicabilidad del artículo 1306 del Código civil sobre la ausencia de inmoralidad o vulneración de orden público económico, colacionamos igualmente las siguientes STS: Sentencia núm. 449/2017 de 13 de julio; Sentencia núm. 286/2018 de 18 de mayo; Sentencia núm. 132/2018 de 7 de marzo; Sentencia núm. 49/2018 de 30 de enero; Sentencia núm. 680/2017 de 15 de diciembre; Sentencia núm. 647/2017 de 27 de noviembre; Sentencia núm. 611/2017 de 15 de noviembre; Sentencia núm. 522/2017 de 27 de septiembre; Sentencia núm. 471/2017 de 19 de julio (De todas estas STS, ha sido ponente la Excm. Sra. PARRA LUCÁN).

Esta nueva línea jurisprudencial enlaza con la opinión de autores como DELGADO ECHEVARRÍA, PARRA LUCÁN y Díez-PICAZO sobre la literalidad del artículo 1306 del Código civil («*causa torpe*»)⁹.

¿Podría argumentarse esta nulidad contractual por infracción del deber de lealtad vía excepción reconvenional como consecuencia de una demanda civil del que conozca un Juzgado de Primera Instancia? La respuesta no es sencilla.

En este caso, empezamos citando la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 919/2011 de 23 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 1895), donde se conoce de un recurso de casación en un supuesto donde se alegó mediante la excepción prevista en el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la nulidad de un negocio de emisión de obligaciones hipotecarias por vulneración de los preceptos reguladores de la misma previstos en la Ley de Sociedades Anónimas.

En este pleito, la recurrente interesa el error de la Audiencia Provincial al no permitir que la nulidad se alegue vía de excepción y obviamente el Tribunal Supremo confirma dicha postura simplemente con la lectura del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no admita el recurso extraordinario de infracción procesal por entender que pese a la errónea postura de la Audiencia Provincial sí que dio respuesta a la nulidad excepcionada, declarando expresamente que dio a la excepción reconvenional el tratamiento adecuado.

En lo que nos interesa, ni el Juzgado de Primera Instancia, ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo observaron falta de competencia objetiva ante una acción declarativa del crédito; otra de declaración de responsabilidad como consecuencia de la asunción de deuda y la declaración de responsabilidad de unos avalistas solidarios de las que conoció el Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 34 en la que se opuso por vía de excepción la nulidad de un negocio de emisión de obligaciones hipotecarias por infracción de la normativa societaria, admitiéndose la validez de dicha excepción.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011, sin embargo, resulta desconcertante procesalmente hablando, ya que, pese a afirmar lo anterior entiende que el juez ha de pronunciarse específicamente en la sentencia con efecto de cosa juzgada, lo que aleja a este mecanismo procesal de la naturaleza de una verdadera excepción para acercarlo al carácter de reconvenión lo que sí afectaría a la competencia objetiva judicial¹⁰.

Más gráficamente, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 249/2013 de 25 abril de 2013, (RJ 2013, 3499), en relación la nulidad contractual esgrimida mediante el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de un contrato de abanderamiento de estación de servicio y suministro en exclusiva de carburantes y combustible por infracción de la normativa del Derecho de la Competencia, razona expresamente lo siguiente:

«CUARTO

— Los motivos que pretenden la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia han de ser desestimados por las siguientes razones:

1.^a La petición expresa de nulidad del contrato litigioso por incompatibilidad de alguna de sus cláusulas con el Derecho comunitario (hoy de la Unión), formulada por la hoy recurrente en su contestación a la demanda, no tuvo su correspondencia adecuada, en materia de competencia objetiva, ni en el propio escrito de contestación, ni en la providencia del Juzgado convocando sin más a las partes a la audiencia previa ni, en fin, en la conducta de ambas partes en dicha audiencia previa: lo primero, porque la parte demandada hoy recurrente aceptó expresamente en su contestación la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia pero no formuló reconvencción ajustada al artículo 406 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ; lo segundo, porque la juez no exigió a la demandada ninguna aclaración ni corrección de su contestación a la demanda; y lo tercero, porque ni la parte demandante pidió contestar a la alegación de nulidad, como autoriza el artículo 408.2 LEC, ni ninguna de las dos partes suscitó cuestión alguna en la audiencia previa sobre la competencia objetiva para conocer de la nulidad del contrato ni sobre la necesidad de traslado específico a la parte demandante para contestar a la nulidad contractual muy claramente pedida en la contestación.

2.^a La pasividad de las partes y del juzgado no impedía al tribunal de apelación acordar la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva, pues conforme al apdo. 2 del artículo 48 LEC podría haberlo hecho incluso de oficio, ya que la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 539/2012, de 10 de septiembre (RJ 2013, 1605), declara que el artículo 86 ter LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) contiene una regla de atribución de competencia objetiva, no una simple norma de reparto.

3.^a Sin embargo, conforme al criterio de esa misma sentencia del Pleno lo procedente no era acordar la nulidad de actuaciones, sino adoptar la solución más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con lo actuado por las partes y con la tramitación del asunto hasta dictarse la sentencia de primera instancia, solución que no podía ser otra que resolver todas las cuestiones planteadas en el litigio, incluida la nulidad no tanto del contrato litigioso cuanto de alguna o algunas de las cláusulas o de una parte de las mismas por incompatibilidad con el Derecho europeo de la competencia, puesto que:

A) Una aplicación rígida del artículo 86 ter, apdo. 2, letra f), de la LOPJ habría comportado una carga desproporcionada para ambas partes, ya que imponía a la demandada interponer a su vez una demanda de nulidad contractual ante el Juzgado de lo Mercantil cuya admisión a trámite habría determinado la suspensión del litigio sobre reclamación de cantidad hasta que recayera sentencia firme».

Es decir, el Tribunal Supremo razona y falla que no resulta acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación rígida del artículo 86 ter, apdo. 2, letra f) de la LOPJ impedir al Juzgado de Primera Instancia conocer de una excepción de nulidad planteada vía artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por versar dicha nulidad en materia mercantil (Derecho de la Competencia) ya que ello obligaría a la parte a interponer la correspondiente de nulidad y pedir la suspensión por prejudicialidad civil el pleito civil hasta la decisión del pleito mercantil, obligando a la parte a un coste procesal y peregrinaje de jurisdicciones absolutamente innecesario.

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 Constitucional de 30 noviembre de 1992
- 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 14 de febrero de 2005
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2018
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020
- Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil*. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004.
- CORDÓN MORENO. Una precisión sobre la excepción reconvencional de nulidad absoluta 21 de noviembre, 2018. <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-precision-sobre-la-excepcion-reconvencional-de-nulidad-absoluta/>.
- DELGADO ECHEVARRÍA. Artículos 1300-1314, en *Comentario al Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979.
- *Par delictum y par causam turpitudinem*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo V, 1991.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración. *Revista de Derecho Mercantil* núm. 309/2018 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018.
- LEÓN ALONSO. Artículo 1714. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II.
- 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.
- El falsus procuratus y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.

NOTAS

¹ 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 Propuesta modificada de Quinta Directiva basada en el artículo 54 (3) (g) del tratado CEE referente a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus cargos (presentada por la Comisión al Consejo el 19 de agosto de 1983), preveía lo siguiente:

«4. La falta de autorización por parte del órgano de vigilancia o la irregularidad de la decisión por la que se concede la autorización no podrá oponerse frente a terceros, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros estaban al corriente de la falta de autorización o de la irregularidad de la decisión, o que no podían ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias».

³ REDONDO TRIGO. El falsus procuratus y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, págs. 3741-3756.

⁴ ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004, página 520. Con carácter previo, el citado autor (*vid., op. cit.*) páginas 501 y 502 razona adecuadamente lo siguiente: «...En realidad, hay que volver a la referencia expresa que el artículo 9.1.1. de la Primera Directiva hace a la delimitación legal de competencias. Esta constituye el límite del poder. Si dicha referencia falta en el artículo 129 TRLSA, quizás sea como se ha dicho, porque se tiene por sobreentendido, al ser un presupuesto esencial de la organización social el que cada órgano tiene que operar dentro de su competencia. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de un aspecto fundamental, pues, en definitiva consagra la posibilidad de que cada legislación nacional atribuya competencias oponibles al órgano soberano, pero también que pueda establecer el ámbito del poder de representación de los administradores limitado al objeto social, que es lo que cabalmente hace el artículo 129.1 TRLSA, si debemos presuponer que la norma tiene algún sentido. Ciertamente, por imperativo de la Directiva comunitaria, no se extraen de dicha norma competencial las conclusiones en el orden externo que sean incompatibles con la protección de tercero que haya actuado de buena fe y sin culpa grave. El ámbito del poder orgánico, por tanto, es el resultante en cada Ley nacional, al configurar las competencias de los órganos sociales, y en la nuestra coincide con el objeto social, salvo los supuestos de atribución específica a la Junta General de competencias en la esfera de este (por ejemplo, art. 41 TRLSA)».

⁵ LEÓN ALONSO. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II, págs. 1537 y 1538.

⁶ *Id.*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración». *Revista de Derecho Mercantil* núm. 309/2018 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018. Si bien, en el ámbito de las consecuencias del artículo 220 LSC, GARCÍA-CRUCES defiende la aplicación del artículo 1306 CC por los casos de infracción del deber de lealtad, al decir que: «...la exigencia de lealtad constituye un principio estructural dentro del régimen dispuesto para el buen gobierno corporativo, y que ello no es más que fruto del rechazo que produce en la sociedad los comportamientos contrarios. Una actuación desleal por parte del administrador encierra una actuación contraria a la Ley pero, también, es merecedora de un particular reproche social...».

⁷ Díez-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979, págs. 198 y 199.

⁸ Para la infracción del deber de lealtad derivado de la ausencia de acuerdo de Junta General en el caso de contratación de prestación de servicios con el administrador; *Id.*, GARCÍA-CRUCES (*op. cit.*), quien se pronuncia del siguiente modo: «Desde esta óptica, parece entonces razonable concluir afirmando la procedencia de aplicar, en el supuesto que ahora nos interesa, esta excepción a la regla general de recíproca restitución en los casos de nulidad. Y ello es así en la medida en que parece que podrá compartirse, pues así lo explicita el texto legal, que la exigencia de lealtad constituye un principio estructural dentro del régimen dispuesto para el buen gobierno corporativo, y que ello no es más que fruto del

rechazo que produce en la sociedad los comportamientos contrarios. Una actuación desleal por parte del administrador encierra una actuación contraria a la Ley pero, también, es merecedora de un particular reproche social.

Siendo así las cosas, vendría a justificarse la aplicación de cuanto dispone el artículo 1306.2 del Código civil en el supuesto que consideramos, de manera que el administrador quedaría obligado a restituir lo que hubiera percibido de la sociedad y a ella nada podría reclamar. De otro lado, la sociedad de capital consolidaría lo adquirido (la obra o servicio prestado) sin que nada pudiera reclamársele».

⁹ DELGADO ECHEVARRÍA. Artículos 1300-1314, en *Comentario al Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005; Díez PICALO y PONCE DE LEÓN. *Par delictum y par causam turpitudinem*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo V, págs. 173-192, 1991.

¹⁰ *Vid.*, CORDÓN MORENO. Una precisión sobre la excepción reconvenzional de nulidad absoluta 21 de noviembre, 2018. <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-precision-sobre-la-excepcion-reconvenzional-de-nulidad-absoluta/>.

Acertadamente este autor procesalista haciéndose eco de esta STS de 23 de diciembre de 2011, nos expone las consecuencias de una u otra postura: «Pues bien, la cuestión es relevante porque las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de una y otra respuesta son diferentes. Baste recordar estas dos: a) la excepción, como medio de defensa que es, tiene por finalidad obtener una sentencia desestimatoria de la pretensión del actor; por lo que ni limita la competencia del tribunal ni el tipo de procedimiento (al no producir la excepción un aumento del objeto del proceso, los efectos de la litispendencia, entre ellos el de la perpetuatio iurisdictionis, se producen desde el momento de la admisión de la demanda, sin que tenga influencia alguna, en la competencia objetiva o en el tipo de procedimiento, el objeto de la excepción introducida por el demandado), ni es necesario, para que la sentencia sea congruente, que contenga un pronunciamiento expreso sobre la misma, ni, en fin, se extiende a ella la eficacia de cosa juzgada; la reconvencción, por el contrario, supone el ejercicio de una verdadera acción del demandado frente al actor; por lo que puede influir en la competencia, el pronunciamiento sobre la misma producirá eficacia de cosa juzgada y el requisito de la congruencia de la sentencia exige que el juez se pronuncie sobre ella en la sentencia; b) el desistimiento del actor impide al juez pronunciarse sobre la excepción, pero no sobre la reconvencción, que deberá continuar su tramitación como si de un proceso independiente se tratara».