

Mercantil

Nulidad de contratos por incumplimiento de deberes societarios de lealtad

Sobre si la «anulación» de contratos a que se refiere el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital legitima también a los socios de la sociedad afectada.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Nulidad de contratos societarios por ilicitud causal

Aunque en un principio se negó por parte de la jurisprudencia que los socios ostentaran legitimación propia para pedir la nulidad de contratos concertados por la sociedad [STS, Sala 1.ª, de 5 de noviembre (RJ 1997\7933) y de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8095)], esta jurisprudencia fue revocada a partir del 2013. Si, conforme a la doctrina general, todos los interesados en la nulidad de un contrato están legitimados para demandar la nulidad de contratos radicalmente nulos por simulación o ilicitud causal, no podría ser más limitada la legitimación de los socios, según la nueva doctrina. Así, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: la Sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril (RJ 2013\4597)

—contrato con causa ilícita consistente en la transmisión del bien que constituía el patrimonio social a otra sociedad de la que sólo formaban parte el resto de los socios de la sociedad transmitente bajo la apariencia de una compraventa—; la Sentencia núm. 498/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014\5044) —contrato con causa ilícita, por aportación de fincas segregadas de la matriz, integrada en una operación destinada a despatrimonializarla en perjuicio de los socios minoritarios—; la Sentencia núm. 575/2015, de 3 noviembre (RJ 2015\4939) —procedencia de la nulidad contractual de pleno derecho en un caso de asistencia financiera no finalista: contratos que forman parte del plan encaminado a vaciar patrimonialmente a la sociedad concursada y poner el patrimonio en manos

de los socios para evitar que los acreedores cobren sus créditos. Según esta sentencia, el fraude de acreedores no limita su virtualidad a fundar la acción rescisoria y puede fundamentar la nulidad por causa ilícita y por simulación absoluta; el propósito ilícito común de defraudar a los acreedores es supuesto de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho, pudiendo ejercerse en la misma demanda la acción de nulidad por simulación o causa ilícita por fraude de acreedores y la acción rescisoria, ésta con carácter subsidiario.

Todo contrato societario que conculque un imperativo o una prohibición, ya se trate de prohibiciones externas o internas a la Ley de Sociedades de Capital (LSC), incurre en causa ilícita del artículo 1275 del Código Civil, siempre que sean susceptibles de afectar negativamente al contenido patrimonial del *derecho dominical de la condición de socio*, más allá de su *posición relacional* como tal socio. No importa si la afectación negativa se produce en la esfera extrasocietaria del lesionado («daño directo» del art. 241 LSC) o *uti socius*, como titular real y expectante de una pretensión de reparto de ganancias sociales («daño en el patrimonio social» del art. 236 LSC). La situación no cambiaría si se considerase (que no lo creo) que el abuso del poder fiduciario que comporta la administración desleal «deroga» el poder de representación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital. No parece que sea así, porque entonces no se explicaría por qué el contrato puede «ser anulado» conforme al artículo 232; no habría vicio de nulidad, sería un contrato inoponible ex artículo 1259 del Código Civil.

Repárese entonces en que el ámbito material de la legitimación de socios para demandar nulidad de contratos es más extenso que el de la legitimación para reclamar *iure proprio*

responsabilidad a los administradores sociales conforme al artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital («lesionen directamente los intereses de aquéllos»), porque en la acción de nulidad contractual siempre se actúa *iure societatis*.

El contrato puede ser atacado con independencia de que se impugne por el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social que eventualmente lo autorice. El proceso abierto de impugnación del acuerdo social será normalmente prejudicial en el sentido del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); pero puede no serlo porque el juicio de validez o nulidad negocial no esté condicionado por la suerte procesal del acuerdo social. En vía civil puede realizarse un análisis prejudicial de la validez del acuerdo, *incidenter tantum* y sin efecto de cosa juzgada (art. 42 LEC).

Hay una justificación material adicional para legitimar a los socios para impugnar contratos celebrados en el ámbito de la representación social o autorizados por acuerdo de junta. No se puede siquiera sugerir la conveniencia de que esta legitimación quedara reservada a la sociedad porque en la mayoría de los casos resueltos sobre este particular se revela que la legitimación del socio es exigida por la necesidad de tutela judicial efectiva de estos socios que, mediante la nulidad, buscan proteger sus intereses *frente a la sociedad misma*, que muy frecuentemente se encuentra *in mala parte*, porque los intereses espurios del administrador están normalmente alineados con los intereses de la mayoría de los socios. La mayoría de los casos resueltos versan, consecuentemente, sobre negocios regulares o irregulares de asistencia financiera realizada por la sociedad en favor de un socio de control (por ejemplo, un esquema de *cash pooling*, SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, 156/2015, de 18 de mayo).

2. El artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital

Solapándose en parte con el artículo 227, pero excediéndolo en lo que aquí importa, el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital abre remedios plurales en caso de conductas de los administradores que conculquen el deber de lealtad. No sólo proceden las acciones sociales de responsabilidad (cfr. art. 239.1, II), sino también acciones de remoción, de cesación y anulatorias de contratos. La norma da por descontado que también procedería la impugnación de acuerdos sociales por el artículo 204 si se diera el supuesto de que la conducta (desleal) hubiera cristalizado en «acuerdo».

El artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital («anulación») confirma que en los supuestos concernidos por la infracción de deberes de lealtad (al menos en éstos) los contratos finales resultantes que vinculen a la sociedad con el administrador, a la sociedad con tercero o al administrador con tercero pueden ser anulados. Esta acción de nulidad contractual no está sujeta en principio a restricciones de legitimación, y puede ser instada tanto por la sociedad como por los socios (conforme, MASSAGUER).

El recurso de las acciones de responsabilidad de administradores no cierra la vía para instar la nulidad de los contratos contrarios al deber de lealtad (STS 215/2013, de 8 de abril, RJ 2013\4597; STS 498/2014, de 23 de septiembre, RJ 2014\5044; STS 316/2016, de 13 de mayo, RJ 2016\2040). Con todo, no se puede cobrar dos veces. Pero hay compatibilidad entre condenar al administrador a reintegrar a la sociedad y condenar al tercero a devolver a la sociedad. Probablemente exista solidaridad pasiva. La acumulación es más factible aún dados los términos del artículo 239.1, II, de la Ley de Sociedades de

Capital. Las acciones pueden ser acumuladas, eventualmente, con la *vis attractiva* de la jurisdicción mercantil que ya ha proclamado la jurisprudencia.

Dejando de lado aquellos casos en que la acción de cesación o remoción tiene una virtualidad independiente (así, competencia desleal, defensa de los consumidores frente a cláusulas y prácticas desleales), la «remoción» a que se refiere el artículo 232 no es otra cosa que el contenido material, posible o necesario, de otras acciones. En estos casos, la «remoción» puede equivaler a la «restitución» de los efectos de la nulidad o a la «restitución» propia de la acción de enriquecimiento por las ventajas ilícitamente obtenidas. Pero, sobre todo, la «remoción» es la manifestación natural de la reparación del daño *in natura*, que es contenido propio de las acciones resarcitorias (*sic*: resarcimiento en forma específica). En cualquier caso, no tiene sentido entronizarla como acción independiente a los efectos de crear para ella una legitimación que sea distinta de la propia de las acciones de nulidad o de resarcimiento del daño.

3. Los tipos legales prohibitivos de la deslealtad societaria

3.1. Tipos legales de prohibición intrasocietaria (voto) y tipos legales prohibitorios de negocios jurídicos corporativos (acuerdos) o negociales

A la primera clase pertenece el tipo de voto prohibido al socio en situación de conflicto de intereses (art. 190.1 LSC) si no ha cristalizado en un acuerdo («regla de resistencia», art. 204.3c y d LSC) o en un contrato; está fuera de impugnaciones instadas por terceros distintos del auctor del acto prohibido. Tampoco este socio podrá impugnar el voto ni el acuerdo surgido del voto ni el contrato surgido

del voto (*nemo propriam turpitudinem*). Sobre la impugnación aislada del voto, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) 403/2023, de 19 de mayo.

Casi todos los tipos prohibitivos pueden haber cristalizado en un acuerdo social, en un contrato o en ambos. El artículo 228a, b y d y el artículo 229b y c prevén casos en que es posible la no cristalización como negocio jurídico de la conducta prohibida; más difícil en los casos de conflictos de intereses de los artículos 228e y 229. Para estos casos de no cristalización en negocios jurídicos serán decisivas las acciones de enriquecimiento o de remoción fáctica. Hay algunos supuestos de prohibición que por su naturaleza no pueden ir más lejos de la fase del acuerdo social (arts. 190.1 b y 228c) y serán impugnables conforme a las reglas del artículo 204. El resto de los tipos de prohibición de los artículos 190, 227, 228, 229 y 231 bis pueden eventualmente cristalizar también en contratos, con la propia sociedad o con tercero.

3.2. Tipos de prohibición cualificados por el desvalor de acción absoluto y tipos sujetos a reserva de dispensación por el órgano competente

A la primera clase pertenecen los tipos cualificados por cláusulas generales que describen conductas prohibidas con desvalor de acción (arts. 190.1d y e; 227.2: «la infracción del deber de lealtad»). A la segunda, las cláusulas de prohibición condicionada a una reserva de dispensación por parte del órgano competente. Esta distinción sólo es relevante cuando la conducta es propia del administrador social, no del socio no administrador.

Todas las prohibiciones están en principio condicionadas a una reserva eventual de dispensación (art. 230). Toda dispensa está sujeta en la ley a determinados límites o restricciones. Si la conducta incurso en prohibición no está dispensada debidamente, retoma su condición de prohibición absoluta. Si la conducta prohibida ha de ser dispensada por la junta, la dispensación requiere un acuerdo de junta, porque la sociedad no puede «ratificar» de otra forma. Si la dispensa requiere acuerdo del órgano de administración, requiere igualmente acuerdo de órgano, porque tampoco aquí la ratificación civil (mayormente tácita) es un modo de expresión de declaraciones societarias. La dispensa es ya ineficaz frente a tercero interesado cuando la conducta prohibida ha cristalizado previamente en el último formato negocial posible: acuerdo social o, en su caso, contrato ulterior.

Si el órgano competente dispensa *ultra vires* de las condiciones de validez de los artículos 230 y 231 bis, el acuerdo puede impugnarse conforme a la Ley de Sociedades de Capital. Pero si la conducta indebidamente autorizada cristaliza en un contrato, el contrato estará concertado contra la prohibición de actuación desleal y por tanto incurso en causa ilícita. Por eso puede impugnarse el contrato resultante de un acuerdo de operación intra-grupo autorizada por los administradores en las condiciones del artículo 231 bis si la operación autorizada es contraria al interés social.

4. Nulidad/Anulabilidad

La distinción entre nulidad y anulabilidad sólo tiene hoy una importancia decisiva en cuanto a la extensión de los plazos de prescripción o caducidad, y sólo mientras se siga

manteniendo la jurisprudencia (incorrecta) que hace imprescriptibles las pretensiones de condena (no sólo la declarativa) nacidas de contratos radicalmente nulos y somete las de anulabilidad al plazo de caducidad (!) de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil.

La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo que estima la legitimación del socio para las acciones de simulación y causa ilícita parte como hecho indiscutido de que se trata de acciones de nulidad radical. Pero la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 299/2022, de 22 de abril, *El Enebro* (JUR 2022\230256), sostiene con variedad de argumentos que las acciones de «anulación» de contratos por incumplimiento de deberes de lealtad son de anulabilidad, precisamente, porque el deber de lealtad puede ser dispensado por la junta. Con todo, la propia sentencia de la Audiencia Provincial se traiciona, porque conscientemente afirma que, a pesar de la tesis, hay que reconocer legitimación a la socia demandante, y no sólo a la sociedad, como sería propio de una acción de nulidad.

La anulabilidad no es un buen recurso para el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital si se entiende que dicha calificación conduce a la privación de legitimación a los socios.

No hay analogía entre la estructura de los tipos de anulabilidad de menores o de discapacitados sujetos a curatela, del artículo 1301 del Código Civil, y los supuestos societarios de conducta desleal no dispensada por los artículos 230 y 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital. En aquéllos, la anulabilidad se impone para proteger al *sujeto protegido por la norma y que ha emitido una declaración negocial potencialmente lesiva de sus intereses*, que no es el sujeto (representante

legal) que hubiera debido autorizar o consentir el contrato. El «superior» no está protegido por la anulabilidad civil. No por el hecho de que algo pueda ser dispensado es remitido sin más, pues, al nicho de la anulabilidad. Muy bien podría ocurrir que los contratos realizados sin intervención del curador representativo fueran nulos de pleno derecho, y no dejarían de serlo por el hecho de que el contrato hubiera sido válido si el curador hubiera intervenido.

La anulabilidad protege al menor o al discapacitado. Por ello, son éstos los legitimados para pedirla y el plazo de prescripción empieza a contar sólo desde que estos sujetos llegaran a estar en condiciones de poder demandar por sí mismos. Nada que ver con el administrador incurso en conducta desleal, que, evidentemente, tampoco puede «confirmar» de acuerdo con el artículo 1309 del Código Civil. Remitir al esquema de la anulabilidad comportaría, se dice, privar de legitimación al socio. Pero tampoco hay conexión entre la norma civil y este resultado, porque el artículo 1302 de este código sólo priva de legitimación al tercero que contrató con el menor o con el discapacitado, pero el socio *in bonis* no es un tercero de este tipo, no es la contraparte *sospechosa* del contrato prohibido. La anulabilidad (si es tal cosa) del artículo 405 del Texto Refundido de la Ley Concursal no priva de legitimación a los acreedores de la masa. Por su parte, la restricción de legitimación en favor del administrador concursal en el artículo 109.1 de dicho texto refundido tiene perfecta lógica, porque de otra forma sería inmanejable el desarrollo del concurso; además de que existe la notable diferencia de que se supone que el administrador concursal es un tercero *in bonis*, pero normalmente no lo será la sociedad cuyo administrador haya realizado impunemente actos de gestión prohibidos; sería perverso limitar la legitimación

a un sujeto que muy posiblemente es parte del fraude.

Según una propuesta extendida, la nulidad absoluta protege intereses supraindividuales, mientras que la anulabilidad protege intereses de las partes contratantes. La propuesta seguramente es poco matizada, pero sirve para negar la procedencia de la anulabilidad

si con ello se persigue excluir la legitimación de los socios: éstos no son terceros ajenos al intercambio contractual.

No se puede aplicar el artículo 1306.2 del Código Civil para negar al socio la restitución porque el socio no fue parte en este contrato (lesivo para sus intereses) concertado por las dos sociedades.