



Roj: **SAP M 7074/2025 - ECLI:ES:APM:2025:7074**

Id Cendoj: **28079370282025100492**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/05/2025**

Nº de Recurso: **5/2024**

Nº de Resolución: **165/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MUÑOZ PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 2, 18-01-2023 (proc. 873/2021),
SAP M 7074/2025**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ Santiago de Compostela nº 100.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

N.I.G.:28.079.00.2-2021/0306045

Recurso de Apelación 5/2024.

O. Judicial Origen:Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 873/2021.

APELANTE: Ezequiel .

Procuradora: Dña. Elisa Sáinz de Baranda Riva.

Letrado: D. Álvaro Navarro Quero.

APELADA: DESARROLLOS ARMENTUM S.L.

Procurador: D. José Luis Barragués Fernández.

Letrado: D. Ignacio Javier Torres Sagaz.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES (Ponente)

SENTENCIA N° 165/2025

En Madrid, a dieciséis de mayo de dos mil veinticinco.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 5/2024, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2023, dictada en el procedimiento ordinario núm. 873/2021, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como parte apelante, D. Ezequiel ; y, como parte apelada, DESARROLLOS ARMENTUM S.L., representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don Alfonso Muñoz Paredes, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 18 de enero de 2023, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que, ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, D. Jose Luis Barragués Fernández, en nombre y representación de DESARROLLOS ARMENTUM S.L., frente a D. Ezequiel y las compañías mercantiles LONGEVA CAPITAL S.L. y PATRIMONIOS PERFER S.L.U. representados por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elisa Sáinz de Baranda Riva, ejercitándose una acción de anulación de contratos por infracción del deber de lealtad del administrador social debo declarar y declaro:

1.La nulidad de las siguientes escrituras públicas:

- Escritura pública de contrato de cuenta corriente y constitución de hipoteca de 31 de julio de 2019 autorizada por el notario de Córdoba D. Juan José Pedraza Ramirez bajo el protocolo número 1109 y suscrita entre D. Ezequiel , en nombre de Desarrollos Armentum S.L., con Longeva Capital S.L.

- Escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de 31 de julio de 2019 autorizada por el notario de Córdoba D. Juan José Pedraza Ramirez bajo el protocolo número 1110 y suscrita entre D. Ezequiel , en nombre de Desarrollos Armentum, con Longeva Capital S.L.

- Escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de 3 de diciembre de 2020 autorizada por el notario de Madrid D. Antonio Morenés Giles bajo el protocolo número 1592 suscrita entre D. Ezequiel , en nombre de Desarrollos Armentum, con la mercantil Patrimonios Perfer S.L.

2.Como efectos inherentes a la anterior declaración de nulidad, la nulidad de las hipotecas constituidas en las escrituras descritas con anterioridad, acordando la cancelación registral de las mismas.

3.La expresa condena en costas a las demandadas."

SEGUNDO. -Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Ezequiel se interpuso recurso de apelación. Tramitado en forma legal, con oposición de la demandante, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se ha formado el presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 3 de abril de 2025.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El procedimiento en primera instancia.

[1] Demanda.

[1.1] DESARROLLOS ARMENTUM S.L. presentó demanda contra LONGEVA CAPITAL, S.L., PATRIMONIOS PERFER, S.L. y D. Ezequiel en ejercicio, al amparo del art. 232 LSC, de una acción de nulidad, por ilicitud de la causa, de una serie de actos y contratos celebrados por este último, que se dicen realizados incumpliendo el deber de lealtad, en su beneficio propio y en perjuicio de la sociedad demandante, de la que era consejero delegado.

[1.2] DESARROLLOS ARMENTUM S.L. es una sociedad familiar integrada por las cuatro ramas de la familia Ezequiel Carlos Manuel Olegario Genaro , a través de cuatro hermanos, D. Ezequiel , D. Carlos Manuel , D. Olegario y D. Genaro Ezequiel Carlos Manuel Olegario Genaro . Su objeto social es, fundamentalmente, la explotación agrícola, ganadera y cinegética de un conjunto

de fincas, donde radica una casa-cortijo, y otra serie de instalaciones afectas a la explotación.

[1.3] El gobierno de la sociedad está en manos de un Consejo de Administración integrado precisamente por los cuatro hermanos, siendo desde junio de 2016 y hasta febrero de 2021 el Presidente y Consejero Delegado, el demandado D. Ezequiel .

[1.4] Siempre ha existido una absoluta confianza entre los hermanos, tanto en el funcionamiento del Consejo de Administración, como en la Junta General, que al final era una continuidad del propio Consejo, pues tenía la misma participación y composición.

[1.5] Esta confianza en D. Ezequiel se quiebra a finales del año 2020, con ocasión de un consejo de administración celebrado el 10 de diciembre, convocado para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, en el que se le pidieron explicaciones sobre determinadas operaciones. A raíz de esta reunión es cuando saltan todas las alarmas y los hermanos se dan cuenta que el Consejero Delegado les ha ocultado información esencial de la sociedad, actuando a las espaldas del Consejo y de la Junta, sin informar, como si se tratara de un administrador único.

[1.6] El 3 de febrero de 2021 se celebra una Junta en que se acordó el cese de D. Ezequiel. Posteriormente en reunión del Consejo de Administración de 17 de febrero se acuerda nombrar un Auditor de Cuentas para que verifique las Cuentas Anuales de 2019. Se descubre entonces que D. Ezequiel había ocultado información al Consejo de Administración y a la Junta, y, excediéndose de sus funciones, celebrado una serie de contratos en escrituras públicas en su propio beneficio, en perjuicio de la sociedad y sus socios, incumpliendo toda una suerte de deberes y obligaciones propias de un administrador social.

[1.7] Estas operaciones fueron las siguientes:

i.- Escritura pública de contrato de cuenta corriente y constitución de hipoteca de 31 de julio de 2019 suscrita entre D. Ezequiel, en nombre de DESARROLLOS ARMENTUM S.L., con la mercantil ACERCA PARTNERS S.L., en virtud de la cual se constituye una cuenta de crédito por importe de 227.000 €, con un interés anual del 7%, vencimiento a ocho años, y se asegura su pago mediante la constitución de hipoteca sobre inmuebles de la sociedad, activos esenciales de ésta, con un valor en su conjunto de 2.173.000 €. Esta sociedad, ACERCA PARTNERS S.L., posteriormente cambió de denominación y ahora se llama LONGEVA CAPITAL S.L., y fue constituida en un 99% por D. Ezequiel, quien también es su administrador único, hijo del que era consejero delegado demandado. Esta sociedad fue adquirida en su totalidad por D. Ezequiel, mediante escritura de 21 de julio de 2017, y pasó a ser socio único de esta sociedad, aunque en septiembre de 2020 hace una ampliación de capital y deja de ser Unipersonal. D. Ezequiel es además apoderado de LONGEVA CAPITAL S.L.

ii.- Escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de 31 de julio de 2019 suscrita entre D. Ezequiel, en nombre de DESARROLLOS ARMENTUM S.L., con la mercantil ACERCA PARTNERS S.L., en virtud de la cual se reconoce una deuda por importe de 273.057 €, con un interés anual del 7% y vencimiento a ocho años, y se asegura su pago mediante la constitución de hipoteca sobre inmuebles de la sociedad, activos esenciales de ésta, con un valor en su conjunto de 2.173.000 €, los mismos que sirvieron de garantía para la operación anterior.

iii.- Escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de 3 de diciembre de 2020, suscrita entre D. Ezequiel, en nombre de DESARROLLOS ARMENTUM S.L., con la mercantil PATRIMONIOS PERFER S.L., en virtud de la cual se reconoce una deuda por importe de 100.000 €, con un interés anual del 5% y vencimiento a ocho años, y se asegura su pago mediante la constitución de hipoteca sobre otros inmuebles (3 fincas) de la sociedad, que tienen una tasación global de 324.766 €. Esta sociedad es a su vez propiedad de FERPER S.L.U., que está administrada desde septiembre de 2018 por D. Ezequiel, siendo apoderado D. Ezequiel. Por su parte, FERPER S.L.U. es también una sociedad unipersonal, íntegramente propiedad de D. Ezequiel, en virtud de escritura pública otorgada en marzo de 2018.

[1.8] El 13 de julio de 2021 se acordó en junta el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a D. Ezequiel, así como el inicio de acciones para obtener la nulidad de los acuerdos alcanzados en las escrituras públicas referidas.

[1.9] El demandado ha infringido el deber de diligencia, que le impone subordinar su interés particular al de la empresa, el deber de lealtad y el art. 160 LSC, ya que las operaciones realizadas exceden del 25% del valor de los activos, tratándose, pues, de activos esenciales.

[1.10] En relación con el deber de lealtad, en la demanda se significa que:

(a) D. Ezequiel nunca informó al Consejo de Administración ni a la Junta de las operaciones realizadas en julio de 2019 y diciembre de 2020.

(b) Tampoco informó de los supuestos préstamos o cesiones de crédito a los que se refiere el documento privado que se incorpora en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de julio de 2019.

(c) Estamos, de facto, ante un claro supuesto de autocontrato, que infringe el deber de lealtad, tal y como expresamente prevé el art. 228, que exige, para su validez o convalidación, la autorización expresa por parte del Consejo de Administración o, en su caso, de la Junta de Socios.

(d) El conflicto es evidente, pues D. Ezequiel prioriza el reconocimiento de sus derechos de crédito, garantizándoselos con la hipoteca de bienes inmuebles de la sociedad de la que es consejero delegado, frente a los intereses que pueda tener la sociedad.

(e) Estos contratos provocan daños y perjuicios a la sociedad. El primero y más significativo es la pérdida o limitación del acceso al crédito en circunstancias normales de mercado, puesto que las garantías naturales con las que cuenta la compañía, esto es, las garantías reales, una buena parte ya se encuentran comprometidas en exceso, por unas deudas que no deberían estar garantizadas. Otro perjuicio es el interés remuneratorio pactado, muy superior al interés de un préstamo hipotecario en la fecha en las que se firmaron las escrituras, que en el peor de los casos, rondaría el 2%. El tercer perjuicio es el riesgo latente y permanente de una ejecución hipotecaria, pues gracias a su posición preferente, D. Ezequiel sabía que si no se tomaban otras medidas, esas cuotas e intereses no se podían pagar, siendo la prueba más evidente de ello, el hecho de que durante el tiempo que él estuvo de consejero, hasta febrero de 2021, no pagó ni ordenó pagar los intereses anuales del contrato de cuenta corriente, así como tampoco la cuota anual y los intereses del contrato de reconocimiento de deuda. Esta amenaza dirigida a la adquisición de los activos esenciales ya se está cumpliendo, pues el 20 de julio de 2021 se ha recibido un burofax de PATRIMONIOS PERFER S.L., reclamando el pago de los intereses, y comunicando que han declarado vencido anticipadamente el préstamo. Un último perjuicio latente, que es un temor cierto para la sociedad, es la posibilidad de que se cedan estos créditos a un tercero, lógicamente con la garantía real incorporada, con lo que se diluiría frente a este tercero las causas de oposición a una posible ejecución hipotecaria.

[2] Contestación.

[2.1] DESARROLLOS ARMENTUM S.L. es una sociedad que viene necesitando desde 2010 aportaciones de tesorería de los socios para poder seguir activa y funcionando.

[2.2] Durante los años 2010 a 2019 los socios contribuyeron al sostenimiento de la sociedad, todos ellos en los periodos 2010-2015 y 2018-2019, y únicamente D. Ezequiel, en 2016 y 2017. A partir del año 2019, pese a que las necesidades de tesorería permanecían, si cabe, más agudizadas, cesan todas las aportaciones de los tres hermanos Don Genaro, Don Carlos Manuel y Don Olegario.

[2.3] En la demanda -de forma necesariamente interesada- se pasa por alto un más que relevante punto del orden del día tratado en el consejo de Administración celebrado el día 21 de junio de 2021, cual es la aprobación de la constitución de una hipoteca unilateral en favor de la AEAT en garantía de una deuda de la mercantil PATRIMONIAL ANDALUZA DE INVERSIONES S.L. Esta sociedad, titular del 25% de las participaciones de la actora, pertenece íntegra y exclusivamente a la familia de Don Genaro, que la administra y es, a la sazón, actual Consejero Delegado de la aquí actora.

[2.4] Sorprende, por tanto, que la actora no tenga inconveniente en gravar sus bienes a favor de uno de los socios -a título enteramente gratuito- y, sin embargo, solicite la nulidad de las garantías reales conferidas a favor de dos entidades que durante los últimos pasados años la han dotado de la más elemental tesorería para poder mantener su actividad y atender sus compromisos.

[2.5] Todas las operaciones constan debida y oportunamente inscritas en el Registro de la Propiedad, siendo por ello conocidas por todos los socios y Consejeros. De hecho, la actora, ahora por ellos dirigida y gestionada, ha aportado junto con su demanda copia de las tres escrituras otorgadas.

[2.6] Todas las operaciones son ciertas. En las cuentas anuales de los ejercicios 2019 y 2020, confeccionadas por el actual órgano de administración de la actora, se reflejan tales débitos en los correspondientes apartados, cuentas y subcuentas del pasivo. Además, todos los movimientos se operaron a través de entidades financieras, con el correspondiente soporte documental que obra en la contabilidad social, en poder de sus actuales rectores.

[2.7] Todo el dinerario aportado a la actora por mis mandantes fue destinado a la atención de sus acuciantes necesidades de tesorería.

[2.8] En orden a la pretendida pérdida o limitación de acceso al crédito en circunstancias normales de mercado, DESARROLLOS ARMENTUM S.L. es titular de otras 13 fincas registrales, libres de toda carga o gravamen, que podría ofrecer como garantía de operaciones de financiación bancaria. A mayores, el hecho de que las tres deudas que nos ocupan hayan sido para con sociedades privadas, particulares, que no con entidades financieras, hace que los riesgos financieros de la actora permanezcan incólumes ante los registros bancarios

(por ejemplo, de Banco de España a través de C.I.R.B.E.) de forma y manera que no aparezcan como pendientes de devolución y no le resten margen de maniobra en una hipotética solicitud y, en su caso, concesión de riesgo nuevo.

[2.9] En todo caso, en los años 2018, 2019 y 2020 ninguna entidad bancaria accedía a financiar a una sociedad patrimonial directa o indirectamente perteneciente a la familia Ezequiel Carlos Manuel Olegario Genaro, afectada por innumerables procedimientos concursales de todo su grupo empresarial, encabezado por la promotora inmobiliaria NORIEGA, con un pasivo superior a los 1.600 millones de euros y en situación de concurso de acreedores desde el año 2010. En particular, en esos años ninguna entidad bancaria accedía a financiar a la actora, cuyos resultados, año tras año, eran de elevadas pérdidas, de ahí que, fueran primero los socios y, después, cuando éstos ya se negaron y dejaron de hacerlo, mis mandantes, quienes hubieron de proporcionar tesorería a la actora para su mantenimiento y el desarrollo de su actividad.

[2.10] En relación a los tipos de interés, no pueden tenerse en cuenta los invocados por la actora, por venir referidos a operaciones de financiación de compra de viviendas, que no es el caso. Según las tablas del Portal del cliente bancario del Banco de España, los tipos de financiación a sociedades, vigentes en los meses de julio de 2019 y diciembre de 2020 eran: para consumo, aproximadamente entre el 7% y el 8%; para otros fines, entre el 3,21% y el 4,32%.

[2.11] La actora podría evitar todo perjuicio solicitando nuevas financiaciones y, con ellas, saldar las deudas para con mis representadas, con cancelación de las garantías.

[2.12] No se ha producido perjuicio alguno para la actora, que no ha sufrido ni daño ni perjuicio patrimonial. Más al contrario, se ha evitado la paralización de su actividad y el cese de su actividad mediante la concesión de la financiación proporcionada a ésta por mis mandantes.

[2.13] Los consejeros tienen el deber de mantenerse informados. No les podía ser ajeno que si (i) los resultados sociales eran negativos ejercicio tras ejercicio, (ii) la entidad precisaba de financiación y (iii) habían cesado sus aportes de liquidez, quien los estaba efectuando en exclusiva era su hermano D. Ezequiel.

[2.14] A los miembros del Consejo de Administración de la actora les es oponible el principio de oponibilidad o fe pública registral. Todas las operaciones de financiación y garantía real de las mismas fueron debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, por lo que su contenido debería ser conocido por los tres hermanos Ezequiel Carlos Manuel Olegario Genaro.

[2.15] No se ha infringido el art. 160 LSC ya que no ha existido enajenación y la constitución de gravámenes, como la garantía real hipotecaria, son actos neutros o polivalentes a los efectos del desarrollo del objeto social.

[3] Sentencia. El Juez de lo Mercantil, tras realizar una exposición sobre el régimen legal de los deberes del órgano de administración, concluye que

i.- *"Las transacciones entre sociedad demandante y las entidades demandadas -controladas por el también demandado D. Ezequiel, a la sazón consejero delegado de la actora, no son operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar y de escasa relevancia, son operaciones sustanciales que supusieron el endeudamiento de la sociedad actora en la cantidad de 600.057 €, comprometiendo los activos de la misma a favor de las entidades mercantiles demandadas. Si la actora no podía satisfacer sus necesidades básicas de tesorería, cabe preguntarse cómo pretendía el consejero delegado que la sociedad cumpliría con las obligaciones asumidas frente a las entidades financiadoras si no subyaciese la despatrimonialización de la actora y la adquisición de sus activos, vía ejecución hipotecaria, como finalmente se pretendió".*

ii.- *"[N]o puede apreciarse como justificación la circunstancia alegada en la contestación de la demanda relativa a que la sociedad ha dispuesto de sus activos a favor de entidades vinculadas a sus administradores para satisfacer deudas con la Agencia Tributaria. En este caso, a diferencia de los hechos que se enjuician en esta litis, existía un acuerdo del consejo de administración de la sociedad, de fecha 21 de junio de 2021, que autorizaba la aprobación de la constitución de una hipoteca de una finca rústica, titularidad de la actora, en garantía de la deuda mantenida por la entidad "Patrimonial Andaluza de Inversiones, S.L." con la Agencia Tributaria por importe de 145.249,88.-€."*

iii.- *"Tampoco cabe enzarzarse en una disputa para determinar si ha existido un daño o perjuicio a sociedad, pues como señala la STS de 17 de noviembre de 2020, "la conducta prohibida al administrador por el art. 229.1.a) LSC ... se configura de forma objetiva, por el evidente conflicto de interés que supone y el no menos evidente riesgo de beneficio para el administrador o su vinculada, y responde a la necesidad de evitar dicho riesgo, actual o potencial, por lo que no es necesario que las transacciones produzcan efectivamente un daño a la sociedad."*

iv.- *"Especialmente incuestionable es el flagrante incumpliendo (sic.) por parte del consejero delegado demandado del apartado 3. del art. 229 LSC. El Sr. D. Ezequiel ni siquiera informó de las operaciones de*

financiación al resto de los integrantes del Consejo de Administración, circunstancia suficiente, por sí sola, para justificar la estimación íntegra de la demanda."

SEGUNDO.- Recurso de apelación.

[4] Planteamiento

[4.1] El recurso se compone formalmente de cinco motivos, si bien tres de ellos (el Primero, el Cuarto y el Quinto) reiteran la misma idea nuclear: la inexistencia de daño o perjuicio para la sociedad, que entiende elemento indispensable para el éxito de la acción. El motivo Segundo, que lleva por rúbrica *"del previo afianzamiento de la sociedad"*, viene referido a la hipoteca unilateral concedida por la sociedad por deuda ajena (de otro socio). Y el Tercero viene a glosar el *"resto de consideraciones contenidas en la sentencia"*.

[4.2] El recurso refiere que la acción de nulidad ex art. 232 LSC -como también las de impugnación, cesación o remoción- exigen idénticos requisitos que la acción social, entre ellos el daño al patrimonio social, que niega.

[4.3] El motivo primero, titulado "inexistencia de perjuicio a la sociedad actora", entiende que la cita que la sentencia de instancia efectúa de la STS de 17 de noviembre de 2020 es desafortunada, tanto en el pasaje que transcribe (que no es expresión de la opinión del Tribunal, sino la descripción que éste hace de la posición de la recurrente), como en la conclusión que del mismo extrae [la innecesariedad de que las transacciones ex art. 229.1 a) LSC produzcan un daño efectivo], válida para una acción de cese como la allí ejercitada, pero errónea si se anuda o pretende anudar a la declaración de nulidad de actos, negocios o contratos celebrados por el administrador social, pues en este caso se requiere un plus adicional, que es, precisamente, la causación del daño o perjuicio.

[4.4] En el motivo Cuarto ("inexistencia de daños o perjuicios a la actora con motivo de los negocios jurídicos litigiosos") se denuncia que la sentencia no ha valorado los argumentos de descargo expuestos en el escrito de contestación, en los que se rebatían las razones ofrecidas en la demanda para justificar el daño.

[4.5] El motivo Quinto ("inexistencia de daños o perjuicios a la actora con motivo de los negocios jurídicos litigiosos, *bis*. Improvisación de informe pericial. Sus conclusiones. Escenario puramente hipotético") realiza una crítica del informe pericial aportado por la actora para sustentar la existencia de daño, que a juicio del recurrente refiere un daño puramente especulativo y no actual.

[4.6] El motivo Segundo se dirige a combatir la afirmación contenida en la sentencia de que la concesión de la hipoteca unilateral en garantía de la deuda privativa de otro socio fue aprobada por el consejo de administración. Según el recurso, esa operación debía haber sido aprobada por la junta y no por el consejo.

[4.7] Y, finalmente, el motivo Tercero realiza una serie de afirmaciones, pretendidamente con el ánimo de desvirtuar algunas de las contenidas en la sentencia (infracción del deber de lealtad, posibilidad o no de devolver los préstamos sustitutivos de capital), que el mismo recurso afirma que *"resultan irrelevantes a efectos de esta litis"*, que a su juicio se reduce a *"la anulación de ciertos negocios jurídicos de otorgamiento de garantías reales. Nada más"*

[5] Valoración del Tribunal

[5.1] El recurso dedica tres motivos a aquello que la sentencia juzga accesorio (la existencia del daño). Lo que constituye su *ratio decidendi* (la infracción del deber de lealtad) lo degrada a meras "consideraciones", que afirma irrelevantes y declina rebatir.

[5.2] Hemos de partir de que, como recordamos en la sentencia de esta Sala de 22 de abril de 2022 (rec. 401/2020):

"El deber de lealtad se configura (...) como uno de los dos deberes fiduciarios generales, junto con el de diligencia, que rigen la vinculación orgánica del administrador social con la sociedad. Dicho deber de lealtad supone la imposición de modelo de conducta, un canon de comportamiento, por el cual el administrador social, en toda su actuación como tal, ha de velar y anteponer el interés de la sociedad al suyo propio, al de socios particulares o al de terceros. Esta es la guía que ha de reglar su actuación, de modo que el administrador postergue la tutela de cualesquiera otros intereses distintos al propio de la sociedad, en todas sus gestiones y actuaciones.

(...) En particular, incluso antes de la regulación especial recogida en el art. 232 TRLSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014, la defensa del interés social alcanza a perseguir la anulación de los actos o contratos celebrados en nombre de la sociedad por sus administradores cuando estos hayan incurrido en infracción del deber de lealtad, no solo a la reparación de los daños bajo las acciones de responsabilidad social contra los administradores. Así, señala la STS nº 316/2016, de 13 de mayo, FJ 3º, que "Ese 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".

[5.3] Así como la acción de impugnación de acuerdos sociales -decía MEJÍA GONZÁLEZ ("La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas", Revista General del Derecho, separata, Valencia, 1952, pág. 2) - *"ha existido desde siempre"*, aun antes de obtener reconocimiento legislativo en la LSA de 1951 (y de ello son buena muestra las SSTs de 23 de abril de 1929, 31 de octubre de 1929, 23 de marzo de 1932, 20 de febrero de 1933 y 24 de abril de 1945), lo mismo acontece con la acción de nulidad de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad, cuya consagración legislativa con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no pasa -en palabras de PAZ-ARES ("Anatomía del deber de lealtad", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 39-2015, pág. 64) -de *"una suerte de recordatorio para desmemoriados"*. Con anterioridad a la reforma de 2014 ya era posible hallar pronunciamientos del Alto Tribunal que anulan, por ilicitud de la causa, actos o contratos celebrados por los administradores con infracción de su deber de lealtad (Ss. 215/2013, de 8 de abril y 498/2014, de 23 de septiembre).

[5.4] La jurisprudencia (SSTs 395/2007, de 27 de marzo, Sentencia 83/2009, de 19 de febrero y posteriores) viene declarando que la ilicitud de la causa que prevé el art. 1275 CC *"supone la concurrencia de causa (...) viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprochable del convenio, descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes"*.

[5.5] En la STS 215/2013, de 8 de abril, en un caso en que se transmite *"el único activo de la sociedad patrimonial, de la que forman parte como socios por partes iguales cuatro hermanos, a favor de otra sociedad que se constituye al efecto por tres de ellos, bajo la apariencia de una compraventa, que en realidad encubre una disposición a título gratuito"*, el Alto Tribunal constata *"la ilicitud de la causa del negocio, que no era otra que defraudar los legítimos derechos de la única hermana que no formaba parte de la sociedad adquirente."*

[5.6] Y en la STS 498/2014, de 23 de septiembre se aclara que *"la ilicitud de la causa no es la existencia de una contraprestación o precio inferior al valor real de los bienes transmitidos, puesto que el precio justo no es efectivamente un requisito de validez en los negocios onerosos de carácter transmisivo"*, sino que *"[l]o que determina tal ilicitud de la causa y, consecuentemente, la nulidad del contrato, es que estos negocios jurídicos se integraran en una operación destinada a despatrimonializar" a la sociedad "en perjuicio de los socios minoritarios, logrando la transmisión de los bienes que constituían la parte más valiosa de su patrimonio a entidades controladas por los socios mayoritarios (...) por un precio muy inferior al valor de mercado."*

[5.7] La acción de anulación no es, típicamente, una acción de daños, como pueda serlo la acción social. Pero eso no significa que el *daño* (en terminología propia de la acción social) o la *lesión* (en lenguaje impugnatorio), en acto o en potencia, le sea indiferente. Así lo viene entendiendo la doctrina.

[5.8] Para MASSAGUER FUENTES ("Artículo 232", Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014), Aranzadi, 2015, [36], edición electrónica), los actos o contratos afectados deben estar *"preordenados a ocasionar un daño ilegítimo (...) a la sociedad o a los socios"*, *"pudiendo polemizarse"* -sostiene GARCÍA GARCÍA ("Artículo 232", Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tirant, 2021, ed. electrónica) - *si en este caso debería o no exigirse, como requisito adicional para el éxito de la acción, que se hubiese materializado la lesión del interés social."*

[5.9] CABANAS TREJO se cuestiona si no *"puede resultar excesiva la pretensión de anular un negocio que resulta por completo inocuo para la sociedad, y hasta favorable"* ("Artículo 232", Tratado de Sociedades de Capital [Tratado Judicial, Notarial y Registral de las Sociedades de Capital], Aranzadi, 2017, edición electrónica), postulando que *"no toda infracción del deber de lealtad ha de provocar la nulidad del negocio, sólo aquellas que revistan cierta gravedad y, por tanto, causen daño efectivamente a la sociedad"* ("Representación de la sociedad, conflictos de interés, operaciones intragrupo y control notarial", Práctica jurídica, Notario del siglo XXI, diciembre 2024). Para CARRASCO PERERA ("Nulidad de contratos por incumplimiento de deberes societarios de lealtad", Gómez-Acebo & Pombo, Análisis, noviembre 2023, pág. 2), basta, en cambio, con que *"sean susceptibles de afectar negativamente al contenido patrimonial del derecho dominical de la condición de socio"*, sin importar si esa 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).

[5.10] En el ámbito de las Audiencias Provinciales, la SAP de Barcelona de 4 de febrero de 2021 (rec. 1932/2020) se limita a afirmar que *"[l]a doctrina, además, viene considerando que la lesión del patrimonio social es un presupuesto de la acción (se entiende, de anulación), 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."*

[5.11] El paralelismo que pretende trazar el apelante entre la acción social y la acción de anulación no resulta admisible. Si la primera exige, como presupuesto para su viabilidad, la concurrencia de un daño directo a la sociedad, perfectamente cuantificable, para la acción de anulación es suficiente la mera afectación, actual o potencial, del mismo modo que acontece cuando lo impugnado no es (o no solo es) el acto o contrato, sino el acuerdo previo, por lesivo al interés social, supuesto en que Alto Tribunal, desde la sentencia de 2 de julio de 1963 viene admitiendo *"la impugnación del acuerdo desde el momento en que sea tomado", "sin esperar a que la lesión se produzca"* con su ejecución, bastando que *"la lesión sea potencial conforme a una previsión o prognosis razonable"* (STS 400/2007, de 12 de abril).

[5.12] La discusión, con todo, se agota en este caso en lo académico, pues el daño, cuya inexistencia constituye la clave de bóveda del recurso, hiere forzosamente los sentidos: el consejero delegado constituye hipotecas sobre los activos más valiosos de la sociedad en favor de sociedades con él vinculadas, en garantía de préstamos sustitutivos de capital contextuales o preexistentes (todos de importe muy inferior al valor de las garantías), que la sociedad era conocidamente incapaz de devolver por sus propios medios, al tiempo que aprovecha para asignarles el tipo y plazo de devolución que estima conveniente (a su interés). Esto es, el consejero delegado, por sí y ante sí, a espaldas del resto de consejeros-accionistas, compromete bienes libres de toda carga a préstamos por él concedidos que sabe de imposible devolución, con el único fin de hacerse con los mejores activos de la sociedad, impago mediante.

[5.13] Indiscutida, por no impugnada, la infracción del deber de lealtad, las operaciones descritas constituye un supuesto evidente de ilicitud de la causa, determinante de la nulidad de los negocios constitutivos de aquéllas (art. 1275 CC en relación con el art. 232 LSC).

[5.14] No obstante, con el solo ánimo de agotar la respuesta a cada uno de los motivos de recurso, hemos de añadir que: (i) la eventual ilicitud de otras operaciones con terceros socios, extrañas al objeto de enjuiciamiento, no compensa, excusa ni elimina la ilicitud de la presente (motivo Segundo); (ii) las afirmaciones que integran el motivo Tercero se quedan en un mero desahogo, por dirigidas a rebatir extremos que el recurso admite irrelevantes; (iii) la omisión de pronunciamiento que se denuncia en el motivo Cuarto debería haber venido precedida del uso del mecanismo de complemento del art. 215 LEC, sin que quepa su planteamiento *per saltum* en la alzada; y (iv) el motivo Cuarto, en cuanto dirigido a enmendar el informe pericial de la actora y no la sentencia (que ni siquiera lo tuvo en cuenta), estaba condenado de inicio a su fracaso.

[5.15] El recurso, en suma, debe ser desestimado.

TERCERO.- Costas de segunda instancia.

[6] La desestimación del recurso implica la condena en costas en esta alzada al recurrente, de conformidad con lo previsto en el art. 398 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLAMOS

I.-Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Ezequiel contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid en el procedimiento ordinario núm. 873/2021, que confirmamos.

II.-Se imponen al recurrente las costas en esta segunda instancia.

III.-La pérdida del depósito constituido para apelar.

Modo de impugnación.-Contra la presente sentencia las partes pueden interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación, recurso del que conocerá la Sala 1ª del Tribunal Supremo; y para cuya admisión habrá de constituirse, en su caso, el correspondiente depósito previsto en el art. 15ª de la LOPJ.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.



Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ