

2. MERCANTIL

El deber de infracción de lealtad y la ausencia de poder de los administradores para la práctica de una filialización

The infringement of the duty of loyalty and the absence of power of the directors to incorporate a subsidiary»

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 en las operaciones de filialización.

ABSTRACT: *The infringement of the duty of loyalty may have consequences in order to incorporate a subsidiary.*

PALABRAS CLAVE: Ausencia de poderes. Administradores. Filialización.

KEY WORDS: *Absence of power of the directors. Incorporation of subsidiary.*

SUMARIO: I. DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES Y AUSENCIA DE PODER POR INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENCIAL ATRIBUIDO A LA JUNTA GENERAL.—II. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES. POSIBLE DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE DISCORDANCIA DE OBJETOS SOCIALES.—III. EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 28 DE ABRIL DE 2021.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES Y AUSENCIA DE PODER POR INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENCIAL ATRIBUIDO A LA JUNTA GENERAL

En un trabajo anterior¹ 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 Directiva².

Así, opinábamos que 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 calificarse 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».

Igualmente, hemos sostenido que 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, debe entenderse como 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 so-

ciedades 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 sociedad, 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.

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 social⁴».

¿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.

II. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES. POSIBLE DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE DISCORDANCIA DE OBJETOS SOCIALES

En su momento sostuvimos en otro trabajo⁵ que los riesgos de una operación de filialización, en cuanto a la protección de los accionistas de la sociedad do-

minante, tradicionalmente han sido puestos de manifiesto por la generalidad de nuestra doctrina. Destaca PAZ-ARES⁶, quien puso de manifiesto que este tipo de operaciones suponen evidentemente un fortalecimiento de la posición del órgano de administración y un correlativo debilitamiento del papel de la junta general de la sociedad dominante, que se observa por ejemplo, en la política de capital o la política de dividendos, al explicar que: «En efecto, si la sociedad matriz queda reducida a una pura sociedad holding, la captación de recursos para acometer nuevos proyectos de inversión a través de las oportunas ampliaciones de capital se decidirá en las sociedades industriales operativas y, por tanto, la decisión quedará en manos de los administradores, que son los encargados de gestionar las participaciones de la sociedad matriz. Lo propio sucederá con la política de dividendos. Si el órgano de administración pretende no distribuir dividendos, le bastará con reservar en la filial todos sus beneficios. De esta manera, no lucirán en el balance de la holding y, por tanto, no podrán ser distribuidos. Los accionistas quedan privados de su facultad de aplicar el resultado».

A nuestro juicio el razonamiento doctrinal consistente en el tratamiento de la filialización como un supuesto de modificación estructural es el acertado, sin perjuicio de lo que abordaremos con posterioridad respecto de las ampliaciones de capital mediante aportaciones no dinerarias. Ello es así, que la figura ha pasado a tener un reconocimiento legislativo en nuestro Derecho de Sociedades, sin que sea necesario por tanto el recurso al procedimiento integrador analógico, como con anterioridad con buen acierto se pretendía. De esta forma, el artículo 72 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 72. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio.

Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria».

No se entiende pues que la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, prevea el supuesto con remisión en bloque a las normas de la escisión, en cuanto procedan —principalmente en cuanto a la intervención decisoria de la Junta General, en lo que ahora nos atañe—, donde como conocemos no se reconoce un derecho de separación a los accionistas de las sociedades involucradas en la escisión y que se pueda defender en abstracto un derecho de separación para estos supuestos; derecho de separación, no obstante, que sí es reconocido para otra modificación estructural, como es el caso de la transformación de la sociedad previsto en el artículo 15 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Este argumento legislativo, supone una importante traba al reconocimiento del derecho de separación en los supuestos de filialización. Ello unido a que en este tipo de casos, si el objeto social de la dominada coincide con el de la dominante, puede sostenerse que no existe como tal ninguna modificación del objeto social de la dominante sino solo un ejercicio indirecto del objeto social que no requiere siquiera una previsión estatutaria expresa, lo que nos hace decantar por la inadmisibilidad de la existencia de un derecho de separación en los casos de filialización con objeto social de la dominante coincidente con el de la dominada.

El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 versa sobre la modificación del artículo estatutario del objeto social de la Compañía de Electricidad del Condado, S.A. (CECSA) cuya redacción con anterioridad a la modificación propuesta era la siguiente:

«El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directamente, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias».

Por acuerdo de la Junta General de CECSA celebrada el 26 de noviembre de 2004, con el voto favorable del 82,72% del capital social, el artículo 2 de los Estatutos quedó redactado en los siguientes términos:

«El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias».

La compañía HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS S.L., titular de 23730 acciones de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO S.A, equivalentes al 16'5920% del capital social, pretendió ejercitar el derecho de separación, lo que fue rechazado por el Consejo de Administración en la sesión que tuvo lugar el 1 de abril de 2005.

Por lo tanto, la adición estatutaria contra la que se pretendió el derecho de separación, consistía solo en lo siguiente:

«Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica».

El razonamiento de nuestro más Alto Tribunal, tras un examen histórico de la legislación aplicable y de las resoluciones del propio Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado —que hemos apuntado con anterioridad— fue básicamente el siguiente:

«2) Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar «directamente, la distribución de energía eléctrica», la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una «sustitución de la actividad» de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la «sustitución del objeto», con alteración de las bases determinantes en su momento de la affectio societatis, ya que al no alterarse la estructura propia la «sociedad isla», sustituir la «explotación directa» de una actividad industrial por la «explotación de acciones y participaciones» sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa

en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas —hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital— al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio».

Concluyendo, lo que a continuación se expone:

«2.5. Conclusión.

27. En el presente caso en el que pese a tratarse de una sociedad anónima, la desinversión de los socios minoritarios está dificultada por tratarse de una sociedad cerrada, la modificación estatutaria constituye una sustitución o reemplazo del objeto social como lo evidencia el «traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad», transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones, sin que a ello sea obstáculo que la participada desarrolle su actividad en el mismo sector del mercado, máxime cuando la singularidad de la actividad es determinante de su sumisión a un control que se trata de eludir precisamente mediante una alteración estatutaria cuya trascendencia permite calificarla razonablemente de «sustitución del objeto» que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad».

Con estos razonamientos la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011, casa la Sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 379549), que por el contrario había considerado lo siguiente:

«Ciertamente la interpretación y aplicación del artículo 147 LSA respecto del derecho de separación del socio discrepante con la sustitución del objeto social no está exenta de problemas y dificultades, revistiendo complejidad. En esta tarea habrá de tenerse en cuenta las circunstancias del caso, pues la cuestión de qué debe entenderse por modificación del objeto social y qué por sustitución puede ser muy dificultosa en aquellos casos en los que con sutileza se haga una modificación del objeto que en realidad encierre una auténtica sustitución o reemplazo del mismo por otro, con perjuicio de aquellos socios que habiendo realizado una inversión para un objeto social que consideraban atrayente y beneficioso, puede que no quieran compartir el riesgo de embarcarse en actividades distintas a las que motivaron su entrada y permanencia en la sociedad. Razón por la que la Ley protege los intereses de esos socios discrepantes concediéndoles el derecho de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de sus acciones. Ahora bien, teniendo en cuenta la perturbación que para la sociedad supone la separación de un socio con el consiguiente reembolso de sus acciones, amortización de las mismas y reducción del capital social (art. 147.3 LSA), el principio de conservación de la sociedad y que los intereses sociales deben prevalecer frente al interés particular de un socio, el derecho de separación no puede constituir un amplio marco que permita que ante cualquier modificación del objeto social un socio pueda optar por abandonar la sociedad ejercitando el derecho del artículo 147, que circunscribe el presupuesto fáctico para el nacimiento del derecho exclusivamente a los casos de sustitución del objeto social, por lo que la interpretación de lo que debe entenderse por sustitución ha de hacerse desde un prisma restrictivo. No en vano el actual artículo 147 LSA

tiene su antecedente en el art. 86.4 de la LSA de 1951 que permitía al accionista separarse en los casos de que se produjese un cambio del objeto social. La LSA de 1989 introdujo una modificación legal sustancial al restringir el derecho de separación del socio a aquellos supuestos en los que se produzca una sustitución del objeto social y no un simple cambio. De ahí que por sustitución no quepa entender cualquier modificación que implique una ampliación o reducción de actividades o una variación en la forma de desarrollar la misma actividad. Por sustitución ha de entenderse un auténtico reemplazo de las actividades que la sociedad venía desarrollando hasta ese momento por otra actividad completamente distinta y ajena a la que hasta entonces constituía el fin social propio de la compañía.

En el presente caso no se ha producido sustitución alguna del objeto social que sigue siendo el mismo: La distribución de energía eléctrica. Lo que ocurre es que la modificación introducida va a permitir a CECSA variar la forma en la que puede gestionar o desarrollar esta actividad de distribución eléctrica, ya que hasta el momento de la alteración solo podía hacerlo directamente, y a partir de entonces podrá realizarlo de manera indirecta, es decir, mediante la participación en otras empresas que realicen directamente la actividad de distribución eléctrica. La demandada continúa teniendo el mismo objeto social. Lo que ocurre es que ahora tiene dos medios o formas de desenvolverse para realizarlo, bien directamente, bien indirectamente a través de otras compañías mercantiles. No estamos tan siquiera ante un cambio del objeto social, sino ante una modificación de la forma de realizar el objeto social, que podrá ejecutarse en la misma forma directa que ha sido lo tradicional en CECSA o en forma indirecta, pero siempre con el objeto de distribuir energía eléctrica. (...)

La realización de la actividad societaria de forma indirecta por medio de sociedades participadas no es un hecho objetivamente perjudicial para los socios minoritarios. La ejecución de esta forma de gestionar el objeto social requerirá de acuerdos de los órganos de la sociedad, y si esos acuerdos fuesen perjudiciales, discriminatorios para el socio o favorecedores de la mayoría con notorio perjuicio de la minoría, contrarios a la ley o lesivos para los intereses sociales, sería el momento de ejercitar las acciones legales mediante la impugnación de tales acuerdos».

En suma, el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 10 de marzo de 2011 con base en la expuesta doctrina jurisprudencial acerca de lo que ha de entenderse por «sustitución del objeto social» (STS de 30 de junio de 2010), entiende en el presente caso de filialización de actividades sociales que existe una auténtica sustitución de objeto social que confiere a los socios un derecho de separación, aún cuando dicha sustitución entendida como modificación sustancial suponga un mero ejercicio indirecto del objeto social por la dominante a través de su filial.

A nuestro juicio, encontrar un derecho de separación en un caso de filialización nos parece a todas luces una solución desmesurada *ab initio*, pese a la reforma del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho de separación del socio ante la «sustitución o modificación sustancial del objeto social». El supuesto puede ser tratado como una modificación estructural con las consecuencias del artículo 72 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, con aplicación en lo que proceda del proceso regulador de la escisión, aunque con análisis e interpretación de la cláusula de objeto social de la dominante y del objeto social que se introduce en los estatutos de la dominada, ya que si este es coincidente

con el de la dominante, solo existirá un ejercicio indirecto del objeto social que no tiene por qué llevar aparejado un derecho de separación del socio de la dominante.

Así pues, la aplicación de la consecuencia jurídica del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital solo devendría tras una interpretación de ambos objetos sociales (dominante y dominada) por si la coincidencia no resultara y esta discordancia entrara dentro de la hermenéutica que del concepto «modificación sustancial» ha efectuado nuestro Tribunal Supremo y que como hemos visto ha motivado la reciente reforma legislativa. Sin embargo, en el presente caso no hay atisbo de tal discordancia ya que la modificación de la cláusula de objeto social solo se refería única y exclusivamente a la forma indirecta de ejecución del mismo, a saber, la distribución de energía eléctrica, de ahí que no podamos compartir la decisión de nuestro Alto Tribunal en la sentencia analizada.

Como hemos comprobado la decisión del Tribunal Supremo ha tenido lugar en un caso donde efectivamente se producía una modificación estatutaria. Sin embargo, también hemos tenido conocimiento del caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 mayo de 2011 (*JUR* 2011, 281512), que confirma la sentencia del Juzgador a quo en un supuesto en que sin modificación de cláusula estatutaria se había producido la filialización de actividades, lo que engazaría el problema con lo que se ha venido en denominar como modificación de hecho del objeto social. A este respecto y con acierto —en nuestra opinión— SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (*Vid. op. cit.* página 324) sobre el silencio del legislador societario al respecto opinó que si el supuesto era merecedor de considerarse como modificación de objeto social, la consecuencia jurídica habría de ser la misma, es decir, el reconocimiento del derecho de separación para que el socio no viera mermado así su derecho de separación ante la ausencia de un procedimiento formal societario de modificación estatutaria, al razonar lo siguiente: «...En consecuencia, teniendo en cuenta la propia naturaleza y los caracteres del derecho de separación, se hace necesario afirmar que, al objeto de evitar su violación por vía indirecta, el citado derecho podrá ser ejercitado incluso cuando la modificación se haya producido por la vía de hecho; en cuanto al modo de articular el ejercicio del referido derecho, parece lógico pensar que a tal objeto será necesaria una resolución judicial en la que se reconozca que se ha producido una modificación que, por sus características, lleve aparejado el derecho de separación y que, por lo tanto, habilite al socio reclamante para hacer uso del mismo».

Sin embargo, para poder concluir sobre un caso de filialización de actividades sin modificación jurídica de la cláusula de objeto social, seguimos creyendo que el razonamiento a aplicar sigue siendo el anteriormente apuntado, es decir, solo cuando exista una discordancia de objetos sociales entre la dominante y la dominada —analizada en términos de «modificación sustancial»— podrá mantenerse la posibilidad del reconocimiento de un derecho de separación, en este caso, por protección del accionista o socio ante una modificación sustancial de hecho e indirecta del objeto social, ya que en caso contrario, volveríamos a encontrarnos ante una modificación estructural (filialización) con ejercicio indirecto de objeto social, debiendo tratarse la misma, generalmente, al amparo de los dictados del artículo 72 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, mediante la aplicación en lo que proceda del proceso regulador de la escisión societaria, a saber, y con carácter primordial mediante la intervención de la Junta General.

III. EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 28 DE ABRIL DE 2021

El caso analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2021, es el siguiente:

a) La sociedad FINCAS REVEMAT S.L., fue constituida en 1991 por el matrimonio formado por la actora, María Inés, y el demandado, José Ramón, con el objeto de gestionar el patrimonio inmobiliario adquirido hasta la fecha por ambos cónyuges. El reparto de participaciones se hizo en ese momento en función de la propiedad de los inmuebles aportados, correspondiendo a José Ramón la titularidad del 80% de las participaciones y María Inés titularidad del 20% restante. El demandado Sr. José Ramón ha sido desde la constitución de la sociedad el administrador único de la misma.

b) El matrimonio se disolvió por sentencia de divorcio dictada en autos de divorcio contencioso núm. 143/2003, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Uno de Martorell.

c) El 24 de febrero de 2011, en procedimiento ordinario 517/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Martorell se estimó la demanda promovida por la Sra. María Inés contra el Sr. José Ramón, por la que se declaraba el carácter ganancial de los bienes de ambos desde que contrajeron matrimonio el día 7 de mayo de 1977. Esta sentencia fue objeto de recurso de apelación y posterior casación, siendo confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2015.

d) El 14 de julio de 2011 el demandado Sr. Jose Ramón, como administrador único de FINCAS REVEMAT, procedió a transferir la práctica totalidad del patrimonio de FINCAS REVEMAT (23 de 26 inmuebles) a terceras sociedades. Para lo cual estas ampliaban su capital en función del valor de los inmuebles transferidos y FINCAS REVEMAT obtenía las correspondientes participaciones, pasando a tener un control absolutamente mayoritario en su capital.

e) Estas sociedades fueron las siguientes:

RESBARHOTAMA SL, constituida en julio de 2004, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras, en la que figura como administradora única, quien en ese momento era la pareja sentimental del demandado, Salomé, y de la que, desde enero de 2011, el demandado es apoderado junto a las hijas de aquella, Virtudes y Ángela (participada por FINCAS REVEMAT al 99,064%).

KLAFFE MART SL, constituida en marzo de 2008, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras y de la que el demandado es administrador en actualidad (participada por FINCAS REVEMAT al 95,596%).

OTROS CAFES SL, constituida en septiembre de 2008, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras, y de la que el demandado Sr. José Ramón figura como administrador único desde septiembre de 2012; si bien, hasta marzo de 2010, constaba como administradora única su actual pareja sentimental, y como apoderada, desde octubre de 2009 hasta la actualidad, la hija de esta última Virtudes (participada por FINCAS REVEMAT al 99,081%).

DESGCAFELES SL, constituida en febrero 2009, con el objeto social de explotación de cafés, bares y restaurantes y máquinas expendedoras, y de la que el demandado Sr. José Ramón es apoderado desde junio de 2012, y administradora

y socia su actual pareja sentimental Salomé (participada por FINCAS REVEMAT al 99,353%).

TSABOR 2011 SL, constituida en febrero de 2011, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras, y de la que el demandado es administrador y socio histórico único desde su constitución (participada por FINCAS REVEMAT al 99,171%).

f) Que el valor de las participaciones en dichas sociedades se cifra en el ejercicio 2011 en 2281987,47 euros, y en 2374556,60 euros, en 2016.

g) Que tras la sucesión de aportaciones, el patrimonio inmobiliario de FINCAS REVEMAT pasó de estar valorado en 751811,14 euros en 2010, a 50964,14, en el ejercicio 2011. El importe de la cifra de negocio que consta en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, pasó de 206616,01 euros, en ejercicio 2010, a 943 euros en ejercicio 2016.

h) Que la actora no pudo tener noticia de la operativa llevada a cabo por el demandado hasta noviembre de 2013, esto es, con ocasión de la Junta de socios convocada en dicha fecha que tenía por objeto aprobar las cuentas correspondientes a los años 2007 a 2011.

i) En el expediente judicial que se sigue para disolver la sociedad de ganancias, las partes han convenido que la distribución del capital de la sociedad FINCAS REVEMAT debería de ser de 44,37% para la actora y de 55,63% para el demandado, sin embargo, este acuerdo no se ha formalizado.

En este caso, nos encontramos en realidad ante una filialización de actividades mediante ampliación de capital por aportaciones no dinerarias que se podría haber realizado mediante la fórmula de la segregación a la que hace referencia el artículo 71 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Sin ánimo de revivir debates, sí que citamos la célebre Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Jaén a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada (Núm. 226, lunes 19 de septiembre de 2016, Sec. III. 67030) que efectivamente recoge la posibilidad de que la aportación de rama de actividad se pueda hacer vía ampliación de capital no dineraria sin tenerse que someterse a los dictados que para la segregación (art. 71) reserva la Ley de Modificaciones Estructurales, eso sí, requiriéndose en todo caso la necesaria aprobación de la Junta General cuando de un activo esencial se tratara, *ex.* artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital.

Sin embargo, los hechos de la ampliación de capital se desarrollan con anterioridad a la reforma del artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre (concretamente el día 14 de julio de 2011), por lo que no podemos analizar en este caso la necesaria intervención o no de la Junta General en función de la aplicación del artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital.

Ello nos llevaría a recordar también la conocida problemática de las competencias implícitas de la Junta General, aunque en este caso ya estuviera vigente la Ley de Modificaciones Estructurales y pese a ello seamos de la opinión que efectivamente se podía haber articulado la operación tal y como se hizo, es decir, mediante una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias.

Como recoge ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA⁷ al comentar la Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: «Antes de la LME la aportación de rama de actividad era objeto de una regulación especial solo en la legislación fiscal, que le aplicaba el régimen de neutralidad

de fusiones y escisiones. Eso no había impedido que ya se hubiera planteado la cuestión de si había que aplicar las normas de la escisión a la aportación de rama de actividad. En las Resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, la DGRN entendió que eran figuras distintas, y que al no haberse reconocido en nuestro derecho la segregación como una modificación estructural, la aportación de rama de actividad no tenía los efectos de la escisión ni debía someterse a sus requisitos. También se había suscitado la cuestión ante el Tribunal Supremo, en un caso en que una sociedad (ERCROS) aportaba una rama de actividad —el negocio de petróleo— a otra sociedad (ERTOIL). Algunas deudas relacionadas con esta actividad no se habían incluido entre los pasivos cedidos, y los acreedores —ante la quiebra de ERCROS— las reclamaban a ERTOIL. En varias sentencias (6 de febrero de 1998 y 3 y 5 de marzo de 2001, citando otra de 21 de marzo de 1987) el Tribunal Supremo entendió que la adquirente no respondía porque no era aplicable por analogía el régimen de la escisión. La STS de 12 de enero de 2006 cambió de criterio reconociendo la responsabilidad de ERTOIL, pero no por una aplicación analógica de las normas de la escisión sino por la doctrina del fraude de ley. Además, precisó que su doctrina «no contradice directamente lo resuelto sobre la misma cuestión en instancias administrativas con una estricta aplicación de la legislación sobre sociedades (...Resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994)».

El asunto que ahora recordamos no solo se analizó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006 sino también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2007. De esta forma, FERNÁNDEZ TORRES⁸ resumía lo analizado en ambas sentencias: Las Sentencias objeto del presente comentario plantean una cuestión recurrente y ciertamente problemática en nuestra doctrina e incluso en la jurisprudencia y que se refiere a la distribución de competencias interorgánicas y al objeto social como límite al ámbito de actuación de los administradores. Más concretamente, se suscita el tema de las modificaciones estructurales y del órgano competente para su adopción.

El problema mencionado no se afronta directamente en la primera sentencia a diferencia de cuanto sucede en la Sentencia de 8 de febrero de 2007 en la que, por el contrario, la operación de reconversión empresarial pretendida se plantea como una operación comprendida en el objeto social estatutario y por tanto en el ámbito de actuación de los administradores. En efecto, el objeto social estaba integrando por dos grandes núcleos de actividades: la industrial y la comercial. Con el acuerdo del consejo de administración objeto del litigio se suprime el primero, al reducirse la operatividad futura de la sociedad al ámbito comercial; y ello a pesar de que en la descripción del objeto social se resalta la relevancia de la actividad industrial. No se acuerda, por tanto, cesar en una de las múltiples actividades —que dice el motivo primero del recurso—, sino en uno de los dos grandes ámbitos sectoriales de la actividad societaria, incluso en el más relevante en la perspectiva de la descripción estatutaria. Pero es que, además, la realidad muestra que no se trata de que la actividad industrial vaya a suprimirse por ser ruinosa sino que lo que se pretende es desviar esa actuación a sociedades pertenecientes al grupo societario del que forma parte uno de los dos socios de la entidad Carbónica Murciana, SA. Se trata, en consecuencia, de una modificación del objeto por reducción de las actividades y, más concretamente, de una reconversión empresarial que implica, por un lado, una modificación estructural de la sociedad y, por otro, una modificación estatutaria que en cuanto tal requiere la intervención de la Junta general; es decir, el riesgo asumido por el socio en relación con la aportación realizada en una sociedad está estrechamente relacionado

con la actividad empresarial desarrollada reflejada en el objeto social estatutario por lo que su modificación exige el acuerdo de los accionistas (modificación del contrato fundacional o de los estatutos sociales).

En la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, el objeto del recurso de casación, que coincide con el debatido en el pleito, es la venta de un edificio de una sociedad que a tenor del recurrente implica una cesión global del activo y del pasivo que exige para su adopción, conforme establece el artículo 117 LRSL, un acuerdo de la Junta General. El recurrente entiende que se ha infringido lo establecido en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (art. 117) al haber sido acordada la venta del inmueble de forma mancomunada por dos de sus administradores. El Tribunal Supremo considera que este motivo del recurso de casación carece de fundamento. Recuerda el Tribunal que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante recurrida afirma que no se ha probado que se haya producido dicha cesión global del patrimonio y lo motiva razonando que de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias se deduce que la sociedad tuvo un ingreso extraordinario probablemente debido a la diferencia entre el precio de la venta del inmueble y la cancelación del crédito con garantía hipotecaria. Y es que, en efecto, para que estemos ante una cesión global de activo y de pasivo es preciso que el patrimonio —todo el patrimonio de la sociedad— sea transmitido de forma conjunta. Es esta la virtud y la función del artículo 117 LSRL, ofrecer un sistema alternativo a la liquidación ordinaria que exige, como sabemos, la liquidación individual de todos los elementos que integran el patrimonio de la sociedad. Así se deduce no solo de la propia ubicación sistemática del precepto sino también de los elementos que caracterizan el procedimiento de cesión.

En nuestro caso, no se ha producido una cesión global de activo y pasivo (art. 81 LME) ya que —sin analizar, otras cuestiones— observamos que no se produjo la transmisión completa de todo el patrimonio social en la ampliación de capital litigiosa y no tenemos datos para poder valorar si se produjo o no una modificación del objeto social que requiriera intervención de la Junta General.

Por lo tanto, entendemos correcta la decisión de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2021 enjuiciando la cuestión desde el ámbito de la responsabilidad de los administradores como consecuencia de la infracción del deber de lealtad del administrador, *ex.* artículos 226, 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, con acierto en cuanto a la restitución *in natura*⁹, ya que coincidimos con ALFARO ÁGUILA-REAL¹⁰ cuando afirma que en realidad la responsabilidad de los administradores es de naturaleza contractual (v., SAP Barcelona 19-I-2018 Roj: SAP B 177/2018-ECLI: ES: APB:2018:177; de acuerdo con la STS 4-XI-2011, no cabe la acción merodeclarativa (art. 5 LEC) de la infracción de sus deberes por los administradores) y los remedios generalmente aplicables a la misma no han de diferir en el régimen societario.

Como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015, en sede de responsabilidad civil general (Id Cendoj: 28079110012015100515): *«Las formas de reparar el daño son la reparación específica o «in natura» y la indemnización por equivalencia. Dentro de las primeras distingue la dogmática, en sede de responsabilidad contractual, entre la reparación «in natura» del daño y el cumplimiento «in natura» de la obligación incumplida. La reparación «in natura» consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso. Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido*

por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del «*id quod interest*». 3. La jurisprudencia (STS de 9 noviembre 1968) se decantó como regla general por el cumplimiento en forma específica, otorgando prelación a la «*restitutio in integrum*» sobre la indemnización con entrega de suma de dinero, declarando (STS de 10 de octubre de 2005) que en nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor de forma específica. En concreto, tratándose de obligaciones de hacer, la Sentencia de 13 de junio 2005 puso de manifiesto que la reparación «*in natura*» es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (Sentencias de 2 diciembre 1994; 13 mayo 1996 y 13 julio 2005). Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes esa doctrina legal ha evolucionado permitiendo al perjudicado postular una indemnización por equivalencia en vez de la posible reparación «*in natura*». Afirma la Sentencia de 16 de marzo de 2011 Rc. 1642/2007, reiterándolo la de 25 de marzo de 2015 Rc. 926/2013, que: «Es cierto que, en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código civil reparación “*in natura*”—(SSTS de 17 de marzo de 1995; 13 de julio y 27 de septiembre de 2005—. Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, como ocurre en este caso en el que admite la sentencia que hubo un acto de conciliación que terminó sin avenencia. Todo ello como consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto como la reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y que la solución indemnizatoria es más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo (STS de 21 de diciembre 2010)».

¿Cómo debería haberse afrontado el supuesto en caso de haber estado vigente el artículo 160 LSC en el momento de realización de la ampliación de capital litigiosa y resultara de aplicación al ser activos esenciales los aportados? En el caso analizado y habiendo sido aplicable el referido artículo 160 f LSC, volvemos a opinar que nos encontraríamos ante el falso *procuratus* y ante la aplicación del artículo 1259 del Código civil en consonancia con el TJUE que ha excluido del ámbito de representación de los administradores los supuestos de actuación de los mismos en conflicto de interés, tal y como hemos visto.

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 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 artículo 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), [...]».

De esta forma, no sería la restitución *in natura* derivada de la responsabilidad del administrador la acción jurídica a ejercitar para la defensa de los intereses del tercero ante esta ausencia de poder, sino que 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, asistiendo al socio perjudicado una acción de enriquecimiento injusto.

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 aun dixeron que ninguno non deue enriquecerse tortizeraamente con daño de otro*» (Séptima Partida Título XXXVIII 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.

¿Podría haber responsabilidad del administrador ausente de poder frente a terceros o frente a la sociedad (*dominus negotii*) ej. socio o accionista? Efectivamente, puede darse la existencia de esta responsabilidad por daños, lo que habrá que analizar en cada caso concreto¹¹.

¿Existiría alguna incompatibilidad en la acumulación de acciones, enriquecimiento injusto y daños, dado el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto? En nuestra opinión no.

Coincidimos con BASOZÁBAL¹² cuando razona lo siguiente: «Concurso acumulativo o alternativo de pretensiones. Un segundo escenario es el protagonizado por la concurrencia, a partir de los mismos hechos, de acciones diferentes y, en concreto, de las acciones de responsabilidad civil extracontractual y enriqueci-

miento injustificado. Para PASQUAU, esta concurrencia no tiene por qué plantear un problema de subsidiariedad: “dándose eventualmente los presupuestos de una y de otra, el demandante puede elegir la que le resulte más favorable (eso sí, con todas las consecuencias y sin poder saltar de una a otra a lo largo del procedimiento: cfr. STS 5.X.85, con argumentación cuidada)”. En efecto, el concurso de pretensiones no plantea una controversia que haya de resolverse con la subsidiariedad; no hay un problema de jerarquía o especialidad. Ahora bien, el concurso puede ser “acumulativo” o “alternativo”. En el primer caso ambas pretensiones pueden ejercerse simultáneamente; en el segundo, hay que optar por una de ellas, a elección del actor y, por tanto, sin orden de prioridad. El autor parece entender el concurso de las acciones de daño y enriquecimiento como alternativo (el ejercicio de una excluye la otra), pero en mi opinión no es así como debe explicarse la relación entre ambas. El punto de partida no puede ser otro que afirmar que se trata de pretensiones acumulables (más adelante se volverá sobre este punto), porque cada una posee su propia autonomía, requisitos, función, alcance, plazo de prescripción, etc.; ciertamente, es posible que compartan la pretensión material y, en la medida en que lo hagan (y solo en esa medida), la opción por una de ellas excluirá la otra; pero al margen de esa “intersección material”, son pretensiones diferentes, autónomas e independientes, como defiende con acierto la jurisprudencia, por lo que no tiene sentido que el ejercicio de una excluya la otra».

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997
- STS de 12 de enero de 2006
- STS de 8 de febrero de 2007
- STS de 28 de diciembre de 2007
- STS de 10 de marzo de 2011
- STS de 28 de septiembre de 2015
- SAP de Sevilla de 12 de septiembre de 2007
- SAP de Valencia de 4 de mayo de 2011
- SAP de Barcelona de 28 de abril de 2021
- Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL. <https://almacenedderecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. <https://almacenedderecho.org/la-aportacion-una-unidad-economica-puede-hacerse-mediante-aumento-capital>.
- ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004.
- BASOZÁBAL ARRUE: <https://almacenedderecho.org/la-subsidiariedad-de-la-accion-de-enriquecimiento-injusto>.
- FERNÁNDEZ TORRES. De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General. A propósito de las sentencias del

Tribunal Supremo (sala 1.^a) de 28 de septiembre de 2006 y de 8 de febrero de 2007. *Revista de Derecho de Sociedades*, num. 28/2007, 1.

PAZ-ARES. URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I.

REDONDO TRIGO. La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730

— 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.

— 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.

RIVERO HERNÁNDEZ. Responsabilidad del *falsus procurator* por no ratificación del contrato celebrado sin poder. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006.

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, 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 REDONDO TRIGO. La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 987-1198.

⁶ PAZ-ARES. URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I, 1483.

⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. <https://almacendederecho.org/la-aportacion-una-unidad-economica-puede-hacerse-mediante-aumento-capital>.

⁸ FERNÁNDEZ TORRES. «De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo (sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2006 y de 8 de febrero de 2007». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28/2007, 1.

⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2021, concluye sobre el particular lo siguiente: «20. El administrador responde de los perjuicios ocasionados a la sociedad, en este caso, la reintegración se ha de hacer *in natura*, es decir, condenando a deshacer a su costa lo deslealmente hecho. Solo en el caso de no ser posible, el administrador tendrá que reintegrar a sociedad el valor actualizado de los inmuebles, a cambio de recibir las participaciones en las sociedades filiales».

¹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL. <https://almacendederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>. Sin embargo, el propio ALFARO ÁGUILA-REAL en esta misma entrada, reconoce que el parecer doctrinal es diferente cuando afirma lo siguiente: No es esta la opinión de la doctrina —quizá— mayoritaria. (V., RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando/MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando, La acción social de responsabilidad en AAVV, La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», Madrid, 2011) que considera que el régimen de la acción social está completamente dibujado por el Derecho de sociedades:

«En cuanto a la caracterización de la acción social baste señalar que tiene finalidad indemnizatoria, naturaleza societaria y origen legal. La determinación de la naturaleza contractual o extracontractual y, de esta forma, el recurso a las categorías correspondientes del Derecho Privado de Obligaciones para integrar el régimen en lo no regulado carece de interés, ya que el supuesto de hecho fundamentador y las reglas de atribución de responsabilidad orgánica más importantes están determinadas por la Ley (arts. 236 y 237 TRLSC) y existe un plazo de prescripción específico (art. 949 CCom)».

¹¹ *Vid.* en detalle y con extensión sobre el particular. RIVERO HERNÁNDEZ. Responsabilidad del «*falsus procurator*» por no ratificación del contrato celebrado sin poder. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006, 989-1064. Según RIVERO HERNÁNDEZ, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, cuando resume su trabajo con el siguiente tenor: «La frustración del contrato del *falsus procurator* por la no ratificación del *dominus* puede comportar perjuicios para el cocontratante, de los que debe responder aquél. Frente a la tesis mayoritaria en nuestra doctrina, que califica esa responsabilidad de precontractual, se defiende en este trabajo que se trata de una responsabilidad distinta y autónoma, más próxima a la culpa *ex* artículo 1902 del Código civil, y basada en la actuación irregular de quien contrata a nombre de otro sin estar autorizado. La reparación podrá ser excepcionalmente *in natura*, si la prestación derivada es fungible, o vía indemnización, que consistirá en general en el interés negativo y, en casos de responsabilidad agravada, en el interés positivo».

¹² BASOZÁBAL ARRUE: <https://almacendederecho.org/la-subsidiariedad-de-la-accion-de-enriquecimiento-injusto>, quien se apoya en lo siguiente: «Se trata de la STS de 12 de abril de 1955 (RJ 1955, 1126) que resolvía un supuesto de intrusión minera en el que la acción de responsabilidad civil extracontractual había prescrito, pero se había concedido la acción de enriquecimiento. El recurrente alegaba que no se había tenido en cuenta la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, puesto que siendo posible acudir a la de daños y habiendo prescrito esta, se debió haber rechazado la de enriquecimiento. La sentencia defiende la sustantividad propia de esta y destaca como notas diferenciales que no debe ser subjetivamente imputada (no hace falta culpa o dolo del demandado) y que gira en torno al enriquecimiento del demandado, no en torno al daño del demandante. Dice sobre la subsidiariedad que «muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la “condictio”

funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro...»; y sobre el concurso de pretensiones, que «en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdictal para retener o recobrar la posesión, reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario, y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión, por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada».