

## Comentario

# 1 Límites al interés de grupo, deber de lealtad y responsabilidad de los administradores de la filial

STS de 11 de diciembre de 2015, núm. 695/2015 (RJ 2015, 5440)

**PATRICIA MÁRQUEZ LOBILLO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil, Acreditada al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad.  
Universidad de Málaga*

ISSN 0212-6206

**Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 102  
Septiembre - Diciembre 2016**

### Sumario:

- I. Consideraciones previas: el supuesto de hecho y el objeto de nuestro comentario
- II. De nuevo sobre el concepto de grupo: breve referencia
- III. Los conflictos de intereses en el seno de los grupos de sociedades: límites a las decisiones impuestas y ejecutadas en interés de grupo y ventajas compensatorias
- IV. El deber de lealtad de los administradores de la filial en situaciones de conflicto: alcance
- V. La consecuencia de la premisa: la responsabilidad del administrador por la ejecución del acto lesivo (apunte)

**RESUMEN:** *Deber que pesa sobre los administradores de una sociedad dominada de defender el interés de la misma ante situaciones de conflicto con las decisiones emanadas de la dirección unitaria que puedan poner en peligro su viabilidad empresarial. Responsabilidad por contravención del deber de lealtad al interés de la sociedad que administran, en defensa de los intereses grupales.*

**ABSTRACT:** *The present commentary aims at analysing subsidiary company's directors' duty to protect the interests of the company in the case of a conflict with decisions taken by parent company that can affect subsidiary's business viability. Furthermore, directors' liability for breaching their duty of loyalty in favour of the interest of the subsidiary company*

*they manage thus defending corporate group's interest is being analysed.*

**PALABRAS CLAVE:** *grupos de sociedades - interés de grupo - interés social - responsabilidad de los administradores - deber de lealtad.*

**KEYWORDS:** *corporate groups - corporate group's interest - interest of the company - directors' liability - duty of loyalty*

*Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena*

## DOCTRINA

«El interés de grupo no es título que justifique por sí solo el daño causado a la sociedad filial».

«El deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar “interés de grupo”».

## HECHOS

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO.—El procurador D. Jesús Millán Lleopart, en nombre y representación de D. Evaristo, interpuso demanda de juicio ordinario contra los administradores solidarios de «Alphaspray, S.L.», D. Augusto y D. Nazario, en la que solicitaba se dictara sentencia:

*«[...] 1. Declarando la responsabilidad de los administradores solidarios D. Augusto y D. Nazario por los daños ocasionados dolosamente a la compañía Alphaspray, S.L. por su actuación contraria a la buena fe exigible.*

*2. Condenando a los administradores solidarios D. Augusto y D. Nazario a indemnizar a la compañía Alphaspray S.L. con la cantidad de 1.691.584,79 € de principal, más los intereses legales correspondientes, en concepto de daños y perjuicios causados dolosamente a la compañía.*

*3. Declarando el cese de ambos administradores demandados por infracción de la prohibición de competencia prevenida en el art. 65 de la LSRL.*

*4. Condenando a los demandados al pago de las costas del presente proceso».*

SEGUNDO.—La demanda fue presentada el 23 de enero de 2009 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona y fue registrada con el núm. 81/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

TERCERO.—El procurador D. Juan Manuel Bach Ferre, en representación de D. Nazario, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dictando en su día sentencia en virtud de la cual se absuelva a mi representado de todos y cada uno de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda de contrario, con imposición de costas».*

La procuradora D.<sup>a</sup> Pilar López Rodríguez, en representación de D. Augusto, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta contra mi mandante, con expresa imposición de las costas causadas a la demandante».*

CUARTO.—En el acto de la audiencia previa celebrado el 4 de junio de 2009 se resolvió la excepción de prejudicialidad penal planteada por las partes demandadas en sus contestaciones, estimándose la misma. El Juzgado de lo mercantil núm. 8 de Barcelona, dictó Auto con fecha cinco de junio de dos mil nueve, acordando la suspensión del presente juicio ordinario núm. 81/2009 por prejudicialidad penal.

Con fecha dos de diciembre de 2009 el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Cerdanyola del Valles, en las Diligencias Previas núm. 351/2007, decretó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona acordó por Providencia de quince de marzo de dos mil diez, alzar la suspensión del Procedimiento Ordinario 81/2009.

QUINTO.—Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona dictó la sentencia núm. 339/2011, de veintiocho de octubre de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva:

*«Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Jesús Millán LLeopart, Procurador de los Tribunales y de Don Evaristo, contra Don Nazario, representado por el Procurador de los Tribunales Don Juan Manuel Bach-Ferrer y Don Augusto representado por la Procuradora de los tribunales Doña Pilar López debo absolver y absuelvo libremente a los demandados condenando a la parte actora al pago de las costas procesales causadas al codemandado D. Nazario, y sin imposición de costas en relación con el otro codemandado».*

Tramitación en segunda instancia.

SEXTO.—La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jesús Millán LLeopart. Las representaciones de D. Nazario y D. Augusto, se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 73/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 264/2013 el veintiuno de Junio de dos mil trece, cuya parte dispositiva dispone:

*«FALLAMOS: Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Evaristo contra la sentencia dictada en fecha 28 de octubre de 2011, que revocamos.*

*En su lugar, con estimación en parte de la demanda, condenamos a Augusto a indemnizar a la sociedad Alphaspray S.L. en la cantidad de 154.377,5 euros, más el interés legal a que se refiere el art. 576LEC. Sin imposición de costas.*

*Absolvemos a Nazario de los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de costas.*

*No se imponen las costas en esta instancia. Con devolución del depósito constituido».*

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SÉPTIMO.—La procuradora D.<sup>a</sup> Pilar López Rodríguez, en representación de D. Augusto, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

*«Primero.— Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 133 y 134 del TRLSA aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre».*

*« Segundo.—Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 42 del Código de Comercio tras la reforma por la ley 16/2007, de 4 de julio y doctrina jurisprudencial relativa al concepto de grupo empresarial o grupo de sociedades (Sentencias, entre otras, de esta Sala de fechas 29 de julio de 2005, 12 de abril de 2007, 16 de mayo de 2008 y 30 de mayo de 2013)».*

OCTAVO.—Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha veintisiete de mayo de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue:

*«1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Augusto contra la sentencia dictada, el día 21 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 73/2012, dimanante del juicio ordinario n.º 81/2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona.*

*2. Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».*

NOVENO.—Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

DÉCIMO.—Por providencia de 5 de octubre de 2015, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Antecedentes del caso.

1.—Las cuestiones fundamentales para entender lo que se discute en el presente recurso han sido fijadas por la Audiencia Provincial de la manera que sigue.

(i) Alphaspray S.L. (en lo sucesivo, Alphaspray) es una sociedad española que fue constituida por escritura pública de 4 de marzo de 2003, con objeto social consistente en la compra y venta de materiales destinados a la industria de tratamiento de superficies y pintura en general. Su actividad se centró en la venta de aerosoles de pintura, mayoritariamente en el mercado francés.

Los socios fundadores fueron (y lo seguían siendo en la fecha de presentación de la demanda):

— el demandante Sr. Evaristo, que suscribió el 20% del capital;

— el demandado Sr. Augusto, que ostenta el 25%;

— el demandado Sr. Nazario, con el 4%;

— y, como socio mayoritario, el Sr. Imanol, con el 51% del capital. El Sr. Imanol falleció y en su participación le ha sucedido su viuda Sra. Nieves (Yolanda).

Fueron nombrados administradores solidarios, y habían continuado siéndolo hasta la fecha de presentación de la demanda, los Sres. Augusto y Nazario.

(ii) Hasta el fin del año 2005 Alphaspray vendía sus productos principalmente en el mercado francés, pues la gran mayoría de la clientela era francesa. Para gestionar esta cartera contaba con una oficina comercial en Francia, ubicada en la dirección «55 rue des Fontenelles, ZAI du Petit Parc, 78920, Ecquevilly».

(iii) Alphaspray facturó en 2003 la cifra de 301.097 €, obteniendo beneficios antes de impuestos de 106.256 €. En 2004 alcanzó la cifra de facturación de 815.563 €, con beneficios de 207.464 €, y en 2005, con un volumen de facturación de 855.320 €, obtuvo beneficios de 244.376 €.

(iv) Actispray, SRL (en lo sucesivo, Actispray) es una sociedad francesa, constituida el 4 de noviembre de 2005, con un objeto social igual o similar al de Alphaspray (importación, exportación y venta de productos químicos y pinturas en distintos envases y embalajes) y con domicilio social en la dirección «55 rue des Fontenelles, ZAI du Petit Parc, 78920, Ecquevilly», Francia, esto es, el mismo donde se ubicaba la oficina francesa de Alphaspray.

(v) Los socios fundadores de Actispray fueron:

— Augusto, que suscribió 180 participaciones; y

— la sociedad francesa Cofipague International, representada por Doña. Yolanda, con 320 participaciones, de un total de 500.

Fue nombrado gerente o administrador el Sr. Carlos Miguel.

(vi) Alphaspray y Actispray se integran en un grupo de sociedades cuya sociedad dominante es la entidad francesa Cofipague International, de la que es socia mayoritaria Doña. Yolanda y director general el Sr. Carlos Miguel. Cofipague integra a su vez al «Grupo DNI» y «FISA», dedicados a la comercialización de productos químicos, pinturas y aerosoles, cuya socia mayoritaria es asimismo Doña. Yolanda.

El demandante Sr. Evaristo ejerció el cargo de director comercial de «DNI Francia» hasta 2003, en que pasó a ser director general de dicha sociedad, hasta su despido en diciembre de 2006.

(vii) Actispray se constituyó a finales de 2005 por razones comerciales y conveniencias fiscales de cara a la ley francesa, a raíz del asesoramiento del abogado Sr. Guillerand, que en septiembre de 2005 remitió una carta al Sr. Augusto en la que

aconsejaba la creación de una sociedad en Francia para ejercer la actividad de Alphaspray, dado que esta sociedad española realizaba gran parte de su actividad en Francia y contaba con una oficina en Francia (Ecqueville), por lo que la administración tributaria francesa podía considerar que tenía un establecimiento tributable en Francia. Por ello, concluía, sería necesario constituir una sociedad en Francia para el ejercicio de la actividad que venía desarrollando Alphaspray en ese país.

A tales efectos, Actispray fue constituida por Cofipague y el Sr. Augusto, sin la participación del actor Sr. Evaristo, a quien, sin embargo se le ofreció la oportunidad de ser socio.

(viii) A finales de 2005 se llevó a cabo desde Francia el traspaso de la clientela francesa de Alphaspray a Actispray. Con este fin, el «equipo Actispray» remitió una carta a los clientes franceses de Alphaspray en noviembre de 2005 en la que figura la denominación Alphaspray en la esquina superior derecha y el siguiente texto:

« *ATENCIÓN: MODIFICACIÓN DE LA RAZÓN SOCIAL A 1 DE ENERO DE 2006.*

*Estimado cliente: (...)*

*La sociedad ALPHASPRAY, creada en abril de 2003 en Barcelona, bajo la influencia de su director Sofía, especialista en “aerosol pintura” desde hace más de veinte años, se ha convertido en la empresa líder en el mercado “aerosol pintura” industrial en Francia.*

*Con el fin de afianzar dicho desarrollo hemos decidido crear una entidad francesa a partir del 1 de enero de 2006 bajo el nombre de ACTISPRAY.*

*Adjunto les remitimos todos los datos necesarios para modificar su base de proveedores».*

En una hoja adjunta a la carta figuran fotografías del equipo humano de Actispray, y encabeza el documento el texto « *ALPHASPRAY DEVIENT ACTISPRAY* » (Alphaspray se convierte en Actispray).

(ix) A partir de enero de 2006 se produce, efectivamente, el traspaso de la clientela francesa de Alphaspray a Actispray.

En el año 2006 la cifra de ventas de Alphaspray descendió un 84% con respecto a 2005. Sus ingresos por facturación fueron de 134.997 € y registró pérdidas de 28.927 €. En 2007 su facturación fue de 135.812 € y generó pérdidas de 30.328 €. Las cuentas anuales del ejercicio 2008 arrojaron un resultado negativo de 48.759€.

En su primer ejercicio de actividad, en 2006, Actispray facturó la suma de 872.155 €, generando unos beneficios antes de impuestos por 130.452 €, que en el 2007 ascendieron a 178.303 €.

(x) El demandante Sr. Evaristo inició conversaciones con el Sr. Carlos Miguel en mayo de 2006 con el objeto de vender sus participaciones de Alphaspray, no llegando a alcanzar un acuerdo sobre el precio. La oferta del Sr. Carlos Miguel consistió en adquirir sus participaciones por su valor nominal.

El Sr. Evaristo, despedido de DNI en diciembre de 2006, ha estado vinculado desde ese año a las sociedades Revettech SRL y Aertech, dedicadas al mismo género de actividad que Alphaspray.

(xi) El Sr. Augusto, administrador de Alphaspray, socio de Actispray y directivo con cierto grado de decisión y control en el grupo en que se integran dichas sociedades, fue, entre otros, artífice de la creación de Actispray, a raíz del asesoramiento que aconsejó la creación de esta nueva sociedad para asumir la actividad de Alphaspray en Francia.

(xii) La ejecución del acto lesivo para Alphaspray (el efectivo trasvase de la clientela francesa a Actispray) se llevó a cabo en Francia mediante la carta a la que se ha hecho mención, actuaciones en la página web de Alphaspray (que desviaba hacia la de Actispray) y publicidad.

(xiii) En la adopción y ejecución de esta decisión intervino decisivamente el administrador solidario de Alphaspray Sr. Augusto, que a su vez es socio de la sociedad beneficiaria, Actispray.

(xiv) Alphaspray sufrió pérdidas en sus negocios y actividad como consecuencia del trasvase de clientela francesa, y correlativamente Actispray, desde el primer ejercicio de su actividad, alcanzó una cifra de negocio y ha obtenido beneficios en cuantía similar a los que venía registrando Alphaspray.

2.—La junta de socios de Alphaspray celebrada el 30 de junio de 2008 rechazó la propuesta del Sr. Evaristo de ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores. Tras ello, el Sr. Evaristo, en su condición de socio de la sociedad

española Alphaspray, interpuso demanda contra los Sres. Nazario y Augusto en la que ejercitó la acción social de responsabilidad que regulaba el art. 134, en relación con el 133, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo, TRLSA), a los que remitía el art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo, LSRL), que son aplicables porque cuando se realizaron las actuaciones objeto del litigio (años 2005 y 2006), incluso cuando se interpuso la demanda, no estaba en vigor el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio (TRLSC).

La demanda señalaba como actuación antijurídica de los administradores demandados, contraria a los deberes de lealtad y fidelidad, el desvío o traspaso de la mayor parte de la clientela de la sociedad Alphaspray, por ellos administrada, en concreto, la clientela francesa, a otra sociedad de nacionalidad francesa, Actispray, y solicitaba su condena al pago de la cantidad de 1.691.584,79, en la que el demandante cifraba los daños y perjuicios causados a Alphaspray SL, beneficiaria de la indemnización pretendida.

Además, en la demanda se ejercitaba la acción de separación de los administradores que preveía el art. 65LSRL, por infracción de la prohibición de competencia.

3.—El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que desestimó la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas.

La sentencia razonaba que la conducta de desvío de la clientela, que podría ser generadora de responsabilidad al revelar una actuación negligente y haber producido un perjuicio a la sociedad, debía ser valorada en el contexto en el que se llevó a cabo, significado por la pertenencia a un grupo empresarial, y exponía los argumentos que conducían a desestimar la demanda, que, en síntesis, eran los siguientes:

(i) Alphaspray y Actispray operan en el marco de un grupo de sociedades en el que se aprecia el sometimiento a una dirección unitaria de hecho por parte del «grupo DNI», que a su vez depende de la matriz Cofipague, de las cuales partió la decisión de traspasar la clientela.

(ii) En el marco del grupo ha habido sucesivos traspasos de clientela: primero del grupo DNI a Alphaspray y luego de esta a Actispray, por razones impuestas por el «interés del grupo».

(iii) El demandante tuvo oportuno conocimiento de la creación de Actispray y decidió no participar en ella, ya que quiso independizarse para ejercer la misma actividad a través de las sociedades Revettech y Aertech.

(iv) Es consustancial al grupo de sociedades la existencia de órdenes perjudiciales para una sociedad integrante del mismo, en interés del grupo o de otra sociedad filial. En el marco de la actuación de un grupo empresarial no se produce automáticamente una indemnización como consecuencia de los perjuicios que una sociedad del grupo haya podido sufrir a raíz de una decisión de la matriz sino que se pueden compensar dichos perjuicios con los beneficios que también haya podido obtener aprovechándose de su condición de sociedad filial y por tanto lucrándose con las sinergias que proporciona el grupo. El perjuicio para el socio externo de la sociedad filial por la consecución prioritaria del interés de la sociedad matriz no lo es tal si previamente resultó beneficiado en la misma por una decisión del grupo.

(v) Los administradores demandados acataban una decisión del grupo al traspasar la clientela de Alphaspray a Actispray, y aunque es cierto que su primer deber es velar por los intereses de la sociedad que administran, incluso por encima de los intereses del grupo al que pertenecen, el Juzgado no apreciaba responsabilidad en su actuación porque no se advertía perjuicio en su apreciación conjunta. Igualmente que acataban en este caso una instrucción que resultaba perjudicial para la sociedad Alphaspray, esta se vio beneficiada por otra decisión del grupo que compensaba los daños sufridos y que neutralizaba los efectos negativos acaecidos: el motivo de su misma creación y la influencia decisiva que el grupo ejerció en su crecimiento. El Juzgado consideraba que existió una cesión inicial de clientela por parte de DNI, del grupo Cofipague, a Alphaspray, de una envergadura equiparable a la posterior cesión de clientela de Alphaspray a Actispray. No se apreciaba variación en el patrimonio social del que se pudiera derivar responsabilidad para los administradores sociales, consideraba la sentencia.

(vi) Tras analizar las cifras de facturación y beneficios obtenidos por Alphaspray, de un lado, y por Actispray de otro, la sentencia concluía que el beneficio obtenido por Alphaspray gracias a las sinergias del grupo era correlativo al perjuicio sufrido a raíz del traspaso de la clientela del mercado francés a Actispray. Por tanto, el resultado de las acciones del grupo, al final, resultaba inocuo para Alphaspray, que seguía operando en el mercado español.

(vii) Por último, el Juzgado desestimaba la acción de separación ejercitada al amparo del art. 65LSRL, en lo que respecta al Sr. Nazario, ya que no era administrador de hecho o de derecho de Actispray, ni tenía vinculación con esta sociedad, y en lo que respecta al Sr. Augusto, porque apreciaba la satisfacción extraprocésal al haber renunciado al cargo de administrador con posterioridad a la presentación de la demanda, en junta general celebrada el 25 de junio de 2009.

4.—El demandante apeló la sentencia de primera instancia, si bien ciñó su impugnación a la desestimación de la acción de exigencia de responsabilidad a los administradores sociales. El pronunciamiento relativo a la acción de separación ejercitada acumuladamente no fue objeto de apelación.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Los argumentos más relevantes que fundaron su decisión fueron, resumidamente, las siguientes.

(i) El deber de lealtad, que como patrón permanente de conducta se impone a los administradores, se refiere al interés de la sociedad que administran, no a otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, ni a otros intereses formalmente ajenos. Por tanto, el sometimiento de una pluralidad de sociedades al poder de dirección unitario propio del grupo de sociedades no determina que una decisión o acto que implique el vaciamiento patrimonial o desvío de los activos de una de las sociedades sometidas, con el consiguiente perjuicio para esta, quede justificado desde la perspectiva de la responsabilidad de los administradores, cuando hay socios minoritarios externos que ven mermado el valor de su participación social en provecho de otras sociedades del grupo en las que no participan. El interés del grupo puede explicar la decisión y ejecución del acuerdo o acto lesivo para la sociedad dominada o sometida, pero no exonera por principio a los administradores de esta, que han de actuar siempre con lealtad a los intereses de esa sociedad, evitando su perjuicio en provecho de otras sociedades o terceros que formalmente cuentan con personalidad jurídica independiente, propia y diferenciada.

(ii) En el contexto del grupo apreciable en el caso objeto del litigio, en el que una misma persona es socio mayoritario de control de todas las sociedades que lo integran, los socios minoritarios externos al grupo de control pueden ver volatilizado el valor de su participación social como consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquellos no participan, o en general de operaciones societarias intragrupo que originen un perjuicio a los intereses particulares de la sociedad dominada o sometida. En tales supuestos, esos socios minoritarios o externos no van a ver compensada la pérdida que van a padecer en la sociedad dominada o sometida con los beneficios obtenidos por la sociedad beneficiaria a raíz de las operaciones decididas y ejecutadas en su favor, y en detrimento de aquella, si no participan en la sociedad beneficiaria. Es el caso del demandante, que por la razón que fuere, y es irrelevante a estos efectos, no participa en la sociedad francesa de nueva creación, beneficiaria del trasvase de la principal cartera de clientes realizado sin compensación o contraprestación alguna para la sociedad española.

(iii) Además del interés de Alphaspray, y derivadamente de sus socios minoritarios no participantes en Actispray, es digno de protección, también, el interés de los acreedores de la sociedad desfavorecida por la decisión adoptada en «interés del grupo», que ven mermadas sus expectativas patrimoniales frente a su deudora, sin ninguna garantía ofrecida por la sociedad beneficiaria, debiendo enfrentarse, después del desvío de la cartera de clientes, con una sociedad que de generar beneficios ha pasado a sufrir pérdidas.

(iv) Sentado el anterior enfoque, a la vista de los hechos probados, la Audiencia consideró que concurría una actuación del administrador Sr. Augusto que ha causado un perjuicio a la sociedad que administraba, Alphaspray, incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, concretamente el de lealtad al interés de la sociedad, al adoptar y ejecutar la decisión de traspasar la clientela francesa a una sociedad de nueva creación de la que es socio.

(v) Al contrario que lo apreciado por el Juzgado Mercantil, la Audiencia Provincial no consideró acreditado el hecho básico que el Juzgado tomó en consideración para negar el perjuicio causado: que Alphaspray hubiera sido beneficiaria a título gratuito de una cartera de clientes franceses que le hubieran sido cedidos por el grupo societario, concretamente por DNI, integrada en tal grupo, y que le habría reportado la ganancia obtenida en los años 2003, 2004 y 2005, sin esfuerzo comercial por su parte. Por el contrario, las pruebas practicadas revelarían la creación de una clientela propia de Alphaspray merced a la experiencia de un directivo comercial por ella contratado (Doña Sofía), al margen de que DNI pudiera haber contribuido con la aportación de cierta clientela en un inicio. Ello confirmaría un esfuerzo comercial propio de Alphaspray para lograr la progresiva captación de clientela por sus propios empleados y conseguir así las facturaciones obtenidas en los ejercicios de 2003, 2004 y 2005.

(vi) Como conclusión, la Audiencia Provincial no consideró probado que las ventajas iniciales de que pudiera haber sido beneficiaria Alphaspray por la pertenencia al grupo compensaran el perjuicio padecido, de tal modo que el resultado fuera inocuo o neutro. Se habría producido así un perjuicio: la clientela ganada durante los años 2003 a 2005, con esfuerzo de la propia empresa, constituía un activo intangible, un fondo de comercio, que generaba en los socios una expectativa de ganancia y de valor de su participación; la posterior pérdida de ese fondo de comercio, sin contraprestación, en favor de otra sociedad en la que no participaban los mismos socios y que no se constituyó como filial directa o inmediata de Alphaspray, habría originado un perjuicio a esta sociedad e indirectamente a los socios que no conformaban la nueva sociedad beneficiaria. A raíz del desvío de la clientela, Alphaspray sufrió pérdidas en los ejercicios de 2006 a 2008, sin haber logrado una recuperación de volumen de negocio en 2009.

(vii) Que el demandante hubiera tenido oportuno conocimiento de la creación de Actispray y de su finalidad de actuación (asumir la clientela francesa de Alphaspray), que hubiera rechazado la posibilidad de ser socio de Actispray o que hubiera mantenido negociaciones con el Sr. Carlos Miguel para vender su participación en Alphaspray, sin alcanzar un acuerdo pues solo se le ofreció pagar el valor nominal de sus participaciones, no suponía, para la Audiencia Provincial, que quedara deslegitimado para ejercitar la acción de responsabilidad, ni que fuera apreciable un abuso de derecho ni una actuación contraria a los propios actos.

(viii) Por tales razones, la Audiencia Provincial consideró que el Sr. Augusto era responsable del daño causado a la sociedad Alphaspray por el trasvase de su clientela francesa a Actispray, y revocó el pronunciamiento absolutorio de la sentencia del Juzgado Mercantil, si bien redujo la indemnización a la cantidad de 154.377,50 euros, que era la media de los beneficios de Actispray durante los ejercicios 2006 y 2007.

(ix) El Sr. Nazario fue absuelto porque no participó en la decisión de crear Actispray, no fue informado de su composición social, era ajeno a ella y no ejecutó ni intervino en la ejecución del acto lesivo, el desvío de la clientela, que se llevó a cabo en Francia.

La sentencia de la Audiencia Provincial contó con el voto particular de un magistrado, que consideró que los administradores de Alphaspray cumplieron las directrices marcadas por la sociedad matriz en la que se decidió el traspaso de la clientela francesa a la sociedad francesa que se creaba, Actispray.

5.—El Sr. Augusto ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia, basado en dos motivos.

SEGUNDO.— Formulación de los motivos del recurso de casación.

1.—El primer motivo del recurso de casación tiene el siguiente encabezamiento: « *Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 133 y 134 del TRLSA aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre* ». Y el segundo, el siguiente: « *Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 42 del Código de Comercio tras la reforma por la ley 16/2007, de 4 de julio y doctrina jurisprudencial relativa al concepto de grupo empresarial o grupo de sociedades* (Sentencias, entre otras, de esta Sala de fechas 29 de julio de 2005, 12 de abril de 2007, 16 de mayo de 2008 y 30 de mayo de 2013) ».

2.—Aunque formalmente se han formulado dos motivos, los argumentos que se alegan para fundamentarlos no solo están íntimamente relacionados entre sí, sino que en ocasiones se reiteran o, cuanto menos, se solapan, por lo que procede exponerlos y resolverlos conjuntamente.

Los argumentos alegados por el recurrente pueden sintetizarse de la siguiente forma:

(i) No cabe hablar de infracción del deber de lealtad cuando se trata de una actuación conocida y consentida por todos los socios, consecuencia de decisiones de una cúpula dirigente de un grupo empresarial más amplio en el que, en mayor o menor medida, participaban todos los accionistas de Alphaspray. Este conocimiento de los hechos legitima la decisión de crear la sociedad Actispray.

(ii) La decisión de constituir Actispray no fue adoptada por los administradores de Alphaspray, pues estos actuaron como meros mandatarios del grupo empresarial dominado por Copfipague, siendo más que dudosa la capacidad de decisión y autonomía que tenían ambos demandados como administradores de Alphaspray, pues las estrategias comerciales y las directrices económicas que afectaban a las sociedades del grupo eran decididas por la cúpula dirigente del mismo.

(iii) No consta acreditado que el recurrente observara una actuación dolosa y menos que obtuviera un beneficio personal a costa de perjudicar a la sociedad.

(iv) La decisión de la cúpula dirigente del grupo de crear la sociedad Actispray y desviarle la clientela francesa de Alphaspray tenía como finalidad evitar perjuicios a una de las sociedades del grupo.

(v) Habiendo sido reconocida la existencia del grupo de sociedades con una dirección dominante, no puede exigirse a los administradores de una de las sociedades integrantes del grupo responsabilidad por la toma de decisiones que no le competen a ellos y que son adoptadas en beneficio del grupo, y que si bien pueden perjudicar a alguna de las sociedades del grupo, pueden beneficiar a otra.

(vi) No cabe hablar de socios externos, pues solo el demandante tendría tal consideración y renunció a participar en la nueva sociedad que se creaba y a la que se iba a traspasar la clientela.

(vii) No consta ningún riesgo para los acreedores.

TERCERO.—Decisión de la Sala. La responsabilidad del administrador de la sociedad filial que sigue las instrucciones de la dirección del grupo societario. El interés del grupo y el daño para la sociedad filial en la que hay socios externos.

1.—El recurrido, en su escrito de oposición al recurso de casación, alega que el recurrente incurre en el error de invocar la infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 42 del Código de Comercio en la redacción vigente tras la reforma por la ley 16/2007, de 4 de julio, cuando la sentencia recurrida se ha cuidado de precisar que es aplicable la redacción anterior a dicha reforma. Siendo ello cierto, este error es irrelevante puesto que ninguno de los cambios operados en la redacción de dicho precepto legal es relevante a la vista de los argumentos expresados en el recurso.

2.—Debe realizarse una segunda precisión. En el recurso de casación, por su regulación legal como recurso extraordinario, no es admisible que el recurrente formule su impugnación modificando el supuesto de hecho al que la sentencia de la Audiencia Provincial ha aplicado la norma legal cuya infracción se alega.

Tal ocurre con la afirmación de que el Sr. Augusto no participó en la decisión de crear la sociedad francesa Actispray y desviarle los clientes franceses de la sociedad de la que era administrador, la sociedad española Alphaspray, pues dicha decisión se habría adoptado exclusivamente por la «cúpula dirigente» del grupo de sociedades, a la que sería ajeno el Sr. Augusto. La Audiencia Provincial, en el apartado 19, ha afirmado que el Sr. Augusto era un directivo con cierto grado de decisión y control en el grupo y tuvo intervención decisiva tanto en la adopción como en la ejecución de la decisión de crear la sociedad Actispray y de desviarle la clientela francesa de Alphaspray.

Otro tanto ocurre con la afirmación de que en la creación de la sociedad Actispray participaron todos los socios de Alphaspray (lo que incluiría al Sr. Evaristo, el demandante). La Audiencia afirma expresamente que Actispray fue constituida por Cofipague y el Sr. Augusto, sin la participación del actor Sr. Evaristo. A este solo se le habría ofrecido la oportunidad de ser socio, lo que habría declinado.

El recurso de casación tiene por objeto el control de la correcta aplicación de las normas legales al supuesto de hecho tal como lo ha configurado la sentencia de la Audiencia Provincial, no al que el recurrente pretenda fijar apartándose de lo declarado en la sentencia recurrida.

3.—Junto con lo anterior, las otras bases de las que debe partirse para resolver las cuestiones planteadas en estos motivos del recurso son las que a continuación se exponen, que resultan de los sentados en la sentencia de la Audiencia.

En primer lugar, la decisión de crear una nueva sociedad en Francia y traspasarle la cartera de clientes franceses que constituía el grueso de la clientela de Alphaspray, en la que participó activamente el Sr. Augusto, causó un daño directo a Alphaspray, puesto que sus ingresos disminuyeron drásticamente y pasó de obtener cuantiosos beneficios a incurrir en pérdidas.

En segundo lugar, cuando sucedieron los hechos que han dado lugar a la exigencia de responsabilidad, el demandante era socio externo de Alphaspray, esto es, socio minoritario ajeno a la administración de la sociedad filial y al círculo de control del grupo de sociedades, grupo sobre cuya existencia, con sometimiento a dirección unitaria, no hay controversia. Aunque el recurrente parece ponerlo en duda en algún pasaje de su recurso, sin realizar una motivación adecuada sobre este particular, la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que el demandante era un socio minoritario de Alphaspray y ajeno a la dirección del grupo de sociedades, y a ello ha de estarse.

Otra premisa de la que hay que partir es que la desviación de los clientes de Alphaspray a la nueva sociedad creada dentro del grupo de la que era sociedad dominante la sociedad francesa Cofipague International, que a su vez integraba en su seno al Grupo DNI, no suponía la contrapartida a una ventaja patrimonial previa facilitada a Alphaspray por el grupo societario o por alguna de las sociedades que lo integraban, como sería la cesión previa de una cartera de clientes. La afirmación que en tal sentido se contenía en la sentencia del Juzgado Mercantil fue dejada sin efecto por la sentencia de la Audiencia Provincial, que afirmó que el grueso de la clientela fue obtenida por Alphaspray por sus propios medios, y la clientela cedida inicialmente por el grupo, concretamente por DNI, fue insignificante.

Asimismo, no existen datos que permitan afirmar que el ofrecimiento que se hizo al demandante para participar en la constitución de la sociedad Actispray lo fuera en términos tales que constituyera una compensación por la pérdida de valor que su participación en la sociedad Alphaspray iba a sufrir como consecuencia de la constitución de Actispray y la desviación del grueso de la clientela de Alphaspray a la nueva sociedad francesa. Simplemente consta que se le ofreció participar en la constitución de esta sociedad (lo que necesariamente había de suponer el desembolso del precio correspondiente a su participación en el capital social) y que declinó el ofrecimiento. Del mismo modo, en las negociaciones que existieron entre el Sr. Carlos Miguel (director general de la sociedad matriz del grupo) y el demandante sobre la compra de la participación del

demandante en Alphaspray, tampoco consta que se ofreciera al demandante una compensación por la depreciación de valor que supuso el desvío de la clientela francesa a Actispray, pues lo que se le ofreció fue el importe del valor nominal de tal participación.

4.—Sentado lo anterior, ha de concluirse que la decisión de la Audiencia Provincial ha sido correcta, como también lo han sido los razonamientos que ha empleado, y que los argumentos expuestos en el recurso no pueden estimarse, pues no ha existido infracción de los preceptos legales invocados.

El deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, que tiene el administrador social, supone la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros. Ante cualquier situación de conflicto, el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad. Este deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar «interés del grupo».

Por tanto, el argumento impugnatorio consistente en que no puede exigirse responsabilidad al recurrente, en tanto que administrador de Alphaspray, porque la actuación que causó el daño a esta sociedad no fue adoptada por él sino, en palabras del recurrente, por la «cúpula dirigente» del grupo de sociedades, de la que el administrador sería un simple «mandatario», en beneficio del grupo o de alguna de sus sociedades integrantes, no puede estimarse. El interés del grupo no justifica, sin más, el daño que sufra una sociedad filial y que puede repercutir negativamente tanto en sus socios externos, que ven como se reduce injustificadamente el valor de su participación en el capital social, como en sus acreedores, que pueden ver frustrada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad por la disminución injustificada del patrimonio social. El interés del grupo no es un título que justifique por sí solo el daño causado a la sociedad filial.

5.—La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado.

El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo.

El interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial. El administrador de la sociedad filial que realiza una actuación que causa un daño a la sociedad que administra no queda liberado de responsabilidad por el simple hecho de que tal actuación haya sido acordada por quien dirige el grupo societario. El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de «obediencia debida» a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar.

Aunque lo anterior bastaría para rechazar el argumento del recurso, debe recordarse que la Audiencia Provincial ha declarado que el recurrente participa en el círculo de control del grupo de sociedades y tuvo intervención activa en la decisión de crear una nueva sociedad en Francia y desviarle la clientela francesa que tenía la sociedad española.

6.—Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales.

Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un

beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial).

Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a «sinergias» o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real, aunque sí pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial, como pueden ser las inherentes a una cesión de clientela.

En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial. Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder.

7.—En este caso, la Audiencia ha dejado sentado que no han existido tales ventajas compensatorias del grupo para con la sociedad filial, previas o posteriores, por lo que el administrador social ha infringido el deber de lealtad para con la sociedad que administra, al participar en la actuación que le ha provocado un daño directo, la pérdida de la parte sustancial de su clientela con la pérdida de beneficios que ello ha traído consigo.

8.—Además, la pervivencia de la sociedad filial es en todo caso un límite último al interés del grupo, en tanto que nunca puede estar justificada una actuación en beneficio del grupo que suponga poner en peligro la viabilidad y solvencia de la sociedad filial, con el perjuicio que ello puede suponer para los socios externos y los acreedores.

En el presente caso, la actuación del administrador demandado, al desviar a otra sociedad del grupo la mayor parte de la clientela que había logrado captar la sociedad de la que era administrador, no solo ha provocado un daño patrimonial claro a dicha sociedad, sino que ha puesto en serio peligro su viabilidad y solvencia, al provocar que la sociedad haya entrado en pérdidas de cuantía considerable durante los ejercicios siguientes a la actuación cuestionada, lo que puede dar lugar a la desaparición de la sociedad, en vez de haber procedido en su momento a realizar una disolución y liquidación ordenada que hubiera respetado el derecho a la cuota liquidativa del socio.

9.—La actuación del demandante al ejercitar la acción social de responsabilidad no puede considerarse como un supuesto de ejercicio abusivo del derecho puesto que tampoco consta que se le ofreciera una compensación por el daño que indirectamente se le causaba por la disminución significativa del valor de su participación social y que la rechazara de un modo injustificado. Como se ha dicho, ni el ofrecimiento al demandante de participar en la constitución de Actispray ni las negociaciones para comprarle su participación en Alphaspray pueden entenderse como tal compensación puesto que no consta que se le hiciera por parte de la dirección del grupo societario una oferta en términos favorables, respecto de los que serían normales si se tratara de un simple tercero, que pudiera considerarse una compensación al daño que se le causaba.

10.—Por último, que la actuación del recurrente no haya sido secreta no elimina por sí sola su carácter perjudicial para la sociedad y la infracción que ello supone del deber de lealtad.

Tampoco es óbice a la exigencia de responsabilidad la alegación de que la actuación del administrador recurrente no haya sido «dolosa». Para que el administrador sea responsable del daño causado a la sociedad no es necesario que su actuación sea dolosa, basta con que se haya tratado de una acción voluntaria y consciente, que puede ser meramente culposa, y que el daño haya sido efectivamente causado, como ha ocurrido en este caso. Y en todo caso, no es necesario que exista un ánimo específico de causar daño a la sociedad, como parece desprenderse de las alegaciones del recurrente. En el supuesto objeto del recurso, su actuación, encaminada a beneficiar a otra sociedad del grupo y, en definitiva, al interés del grupo, necesariamente causaba un daño a la sociedad de la que era administrador, y el administrador tenía que ser consciente de esa circunstancia cuando adoptó la decisión de trasvasar la clientela francesa de Alphaspray a Actispray.

No le libera de responsabilidad el hecho de no haber obtenido un beneficio personal (lo cual por otra parte es más que discutible, a la vista de la participación que ostenta en la sociedad Actispray y su implicación en el grupo societario), puesto que lo relevante para la exigencia de responsabilidad es el daño que ha causado a la sociedad de la que es administrador, no el beneficio propio o ajeno que haya podido obtener de su actuación.

CUARTO.—Costas y depósito.

1.—De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.—Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## COMENTARIO

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL SUPUESTO DE HECHO Y EL OBJETO DE NUESTRO COMENTARIO

Mantienen Embid Irujo y Sánchez Calero-Guilarte ( *vid.* respectivamente: <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/hacia-un-derecho-judicial-de-los-grupos-de-sociedades/>; <http://jsanchezcalero.com/administradores-de-una-sociedad-filial-deber-de-lealtad-v-interes-del-grupo/>), la importancia de la Resolución que comentamos, por tratarse, como indica el primero de forma sumamente gráfica y sin desmerecer el Derecho de grupos creado a partir de la jurisprudencia y la doctrina que ha analizado los problemas concursales y laborales de la figura, de ... *una sentencia sobre grupos «estrictamente societaria»* ...

Así sucede, efectivamente, en el caso que nos ocupa, si tenemos en cuenta que el mismo se centra en problemas estrictos de Derecho de sociedades, en aras de concretar la responsabilidad de los administradores de una sociedad integrada en un grupo fáctico, por el incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de su cargo y, concretamente, del deber de lealtad para con la sociedad que administran, en aquellos supuestos en los que la ejecución de las instrucciones emanadas de la dirección unitaria, en interés de grupo, suponen un perjuicio o daño a la filial. Es más, podemos aventurar que el Tribunal Supremo, en la Resolución que pretendemos analizar, construye, de alguna forma, Derecho del grupo de sociedades, zanjando algunas dudas doctrinales interpretativas del régimen jurídico aplicable a los mismos.

La envergadura del supuesto y las continuas alusiones que haremos al mismo durante el comentario, nos aboca, casi de forma necesaria, a la realización de un breve resumen.

El socio de una sociedad de responsabilidad limitada española (sociedad A, en adelante), filial de un grupo de sociedades francés (que formaba parte, a su vez, de otro grupo societario), que operaba en los mercados nacional y galo, ejerció acción social de responsabilidad contra los dos administradores solidarios de la misma, en la que, entre otros *petitum*, ajenos a este comentario, se reclamaban los daños que dolosamente habían ocasionado a la mercantil-filial, como consecuencia de una actuación de estos contraria a la buena fe.

Dicha actuación, según hechos declarados probados por el Alto Tribunal en la Resolución que analizamos, sobre la base de los considerados como tal, tanto por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona (de 23 de enero de 2009) como por la dictada por la Audiencia Provincial (de 21 de junio de 2013) resolviendo el recurso contra la primera, consistió en el trasvase de la clientela francesa de la sociedad A, a otra sociedad del grupo (sociedad B), creada a iniciativa de uno de los administradores demandados, a la sazón socio de la misma junto con la matriz del entramado societario.

Como consecuencia del mencionado traspaso de este elemento del fondo de comercio, la sociedad A, que había tenido importantes beneficios desde su creación (2003) e inserción en el grupo, comienza a sufrir cuantiosas pérdidas, durante los cuatro ejercicios sociales previos a la presentación de la demanda, que la colocan en una práctica situación de inviabilidad empresarial, aunque haya continuado operando en el mercado español. Ello además, ha supuesto, sostiene el Tribunal, una merma en las expectativas de los socios externos (el socio demandante), que han visto decrecer el patrimonio social considerablemente, con lo que ello provoca en el valor de sus participaciones sociales; y puede, sostiene, suponerla para los acreedores, que vean frustradas sus expectativas económicas.

El Juzgado de lo Mercantil resolvió contra las pretensiones del demandante afirmando que dicho trasvase debía ser valorado en el contexto en el que se había realizado y que no era otro que la pertenencia al grupo societario, considerando consustancial al mismo la existencia de órdenes perjudiciales al interés de las filiales, dictadas, y que deben ser acatadas, en interés del grupo. Entiende, además, que la decisión no causó daños a la sociedad A, toda vez que ... *el beneficio obtenido... gracia a las sinergias del grupo es correlativo al perjuicio sufrido a raíz del traspaso de la clientela del mercado francés a ... (sociedad B). Por lo tanto, el resultado de las acciones del grupo al final resulta inocuo para (sociedad A) que sigue operando en el mercado español* ...

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por parte del demandante en el que, sucintamente, se alegaba la inexistencia de un grupo societario y errores en la valoración de la prueba respecto de la responsabilidad de los administradores solidarios de la sociedad A.

La Audiencia Provincial de Barcelona, no sin un voto particular en contra y en términos parecidos al contenido de la sentencia del juzgado de lo mercantil, sobre todo en relación con uno de los administradores, resolvió parcialmente a favor de las pretensiones del apelante. Así, partiendo de la clara existencia de un grupo societario, entendió (si bien solo en relación con uno de los administradores, dado el relevante papel del mismo en el grupo [miembro de la directiva], su condición de socio de la sociedad B y su función decisoria en la A), que el interés de grupo no puede ser considerado como omnipotente, ni implicar que una decisión de la dirección unitaria que suponga ... *el vaciamiento patrimonial o desvío de activos de una de las sociedades sometidas, con el consiguiente perjuicio para esta, quede justificado desde la perspectiva de la responsabilidad de los administradores* ... El interés de grupo, señala: ... *puede explicar la decisión y ejecución del acuerdo o acto lesivo para la sociedad dominada o sometida, pero no exonera, por principio, a los administradores de esta, que han de actuar siempre con lealtad a los intereses de esa sociedad, evitando su perjuicio en provecho de otras sociedades o de terceros que formalmente cuentan con personalidad jurídica independiente, propia y diferenciada* ...

Dicha Resolución fue objeto de recurso de casación por el administrador declarado responsable, sobre la base de motivos fundados en una interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 133 y 134 del TRLSA y 42 del C. de c. Al pronunciamiento del Tribunal Supremo dedicaremos las siguientes páginas de este comentario centrándonos, exclusivamente, en el examen de las situaciones de conflicto de intereses entre el grupo y las sociedades que lo integran, a fin de intentar concretar los mecanismos que permitan la conciliación de ambos, fijar los límites de las actuaciones en interés de grupo concretados en la sentencia y analizar los requisitos a los que la misma condiciona la efectiva compensación por los daños que la ejecución de una instrucción de la decisión unitaria pueda provocar a las sociedades filiales. Sentada esta base analizaremos el alcance del deber de lealtad que se impone a los administradores de la filial, con la finalidad de concretar la responsabilidad de los mismos cuando ejecutan las órdenes de la dirección unitaria que, contraviniendo el interés de las sociedades filiales, les producen un perjuicio considerable.

## II. DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO DE GRUPO: BREVE REFERENCIA

La demanda de un concepto de grupo no es nueva en la doctrina que se ha ocupado del estudio de la figura, por considerar su concreción imprescindible, especialmente, desde el ámbito del Derecho de sociedades ( *vid* . EMBID IRUJO, J.M. [2008], «El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance», *Ekonomiaz* , núm. 68, 2.º cuatrimestre, pp. 84 y ss.; FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. [2001], *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial* , Madrid, *passim* ; Gigardo Perandones, P. [2014], «En torno a la noción de grupo de sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo», *Revista Boliviana de Derecho* , núm. 18, julio, pp. 78 y ss.; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. [1999], *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades* , Bolonia, *passim* ; SÁNCHEZ CALERO, F., [2000], «De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* , núm. 77, pp. 14 y ss.; ROJO, A. [1996], «Los grupos de sociedades en Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil* , núm. 220, p. 470).

Es comúnmente admitido, aunque no sin discusiones al respecto, que el artículo 42 de nuestro Código de Comercio, al que se remite, entre otros el artículo 18 de la norma sobre sociedades de capital, contiene un concepto de grupo que podría considerarse base o general. Sabemos la evolución que el mismo ha experimentado y que ha llevado a sustentar, en sus orígenes, la existencia de un grupo societario en situaciones de estricto control; tras la de reforma de 2003, en elementos no solo de control sino, especialmente de dirección unitaria o unidad de decisión; y, tras la reforma de 2007, de nuevo, sobre la base del control (de forma detallada, entre otros, DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup>L. [2009], *Derecho de los grupos de sociedades* , Madrid, pp. 35 y ss.; EMBID IRUJO, J.M. [2012], «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», *Revista de Derecho Mercantil* , núm. 284, abril-junio, pp. 27 y ss.; FUENTES NAHARRO, M. [2007], *Grupos de sociedades y protección de acreedores (Una perspectiva societaria)* , Madrid, pp. 56 y ss., y en [2011], «Art. 18. Grupos de sociedades», en AA.VV., *Comentario de la Ley de sociedades de capital* , dirs. Rojo, A., y Beltrán, E., Madrid, pp. 298 y ss.; GIRGADO PERANDONES, P. [2001], *La empresa de grupo y el derecho de sociedades* , Granada, pp. 159 y ss. y en [2014], *ob. cit.*, pp. 85 y ss.).

El estudio pormenorizado de toda la problemática jurídica ligada al concepto de grupo de sociedades excede del objeto de nuestro trabajo. La referencia que realizamos al mismo se debe, quizás, al hecho de que su existencia fuese cuestionada por el socio externo demandante; y, sobre todo, al alejamiento que del concepto derivado de la última reforma del precepto decimonónico, se contiene en el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, al que, conforme indica literalmente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, ha de estarse.

Así, conforme a los dictados de ambas resoluciones, el concepto de grupo no debe sustentarse en criterios de control, sino de

dirección unitaria, al considerar el ponente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de junio de 2013, que el concepto de grupo del artículo 42 del C. de c. se limita a materia de consolidación contable, por lo que el entendimiento de lo que sea un grupo societario no puede limitarse al que adopta el precepto decimonónico, que prácticamente ... *asienta la noción de grupo en la relación de control o de dominio* ...

La noción de grupo, señalan, ha de concretarse sobre la base de los criterios de ... *unidad de decisión* ... o ... *dirección unitaria* ... ejercitada a través de los órganos de administración.

Dirección unitaria de la que, como ha indicado la doctrina, no puede desentenderse la noción de grupo de sociedades, pues de lo contrario se estaría negando la realidad social: la existencia de grupos que operan en el mercado sobre la base de dicha unidad, sin que entre las sociedades o entidades que lo conforman medie relación de subordinación o control alguna (EMBID IRUJO, J.M. [2012], *op. cit.*, pp. 34 y ss.; GIRGADO PERANDONES, P. [2014], pp. 88 y 89; SÁNCHEZ CALERO, F. [2000], *op. cit.*, pp. 15 y 19 y ss.).

Así, defendiendo que la unidad de decisión que define el grupo no tiene por qué provenir de vínculos societarios, sino que su existencia puede estar motivada por «vínculos de coordinación», el ponente afirma, que tendría cabida en nuestro ordenamiento, un concepto de grupo entendido como ... *aquella formación empresarial que, sobre la base de unas de relaciones determinadas —contractuales, de participación, de directivos comunes— entre varias empresas formalmente independientes, establece una unidad de decisión y aglutina una unidad económica funcional* ...

Señala además, una serie de elementos que, concurrentes en el caso que analizamos, permiten confirmar la existencia de un grupo de sociedades. Así, el control que sobre las mismas ejerce un mismo socio mayoritario (coincidente en nuestro caso en los dos grupos de cuyo entramado formaba parte la sociedad A); y la existencia de un poder de dirección único ejercitado por ese socio mayoritario y por los altos directivos del grupo (el administrador demandado, socio de la sociedad A y socio, junto con el mayoritario de la sociedad B, a la que se realizó el trasvase de clientela).

### III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN EL SENO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: LÍMITES A LAS DECISIONES IMPUESTAS Y EJECUTADAS EN INTERÉS DE GRUPO Y VENTAJAS COMPENSATORIAS

El ponente, en la sentencia que analizamos, parte de la existencia de posibles conflictos de intereses en el seno de los grupos de sociedades, que enfrentan al interés de grupo con el interés social particular de alguno de los miembros del mismo y que demandan el establecimiento de mecanismos que permitan conciliar, de alguna forma, ambos intereses, toda vez que, como regla general, la prevalencia del primero termina causando algún tipo de daño o menoscabo al interés de la sociedad filial e, indirectamente, a sus socios externos y, en su caso, a los posibles acreedores de la misma (FUENTES NAHARRO, M. [2008], «Conflictos de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 30, pp. 402 y 403).

Situaciones de conflictos que, por otro lado, derivadas de las relaciones intra-grupo han sido calificadas como ... *insuprimible razón de vida de los grupos de sociedades* ... (VICENT CHULIÀ, F., [2011], «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, abril-junio, p. 22)

Cierto es que en aquellos supuestos en los que el grupo se ha constituido sobre la base de un pacto o acuerdo *ad hoc* (contrato de grupo), resulta más fácil justificar la legitimidad del interés del grupo y del ejercicio del poder de dirección, en su defensa, incluso cuando se imparten instrucciones que de alguna forma puedan resultar perjudiciales para la filial. Por el contrario, cuando el grupo se ha constituido *de facto*, como parece suceder en el caso que analizamos, surgen dudas acerca del alcance y contenido de la dirección unitaria y de la legitimidad de las instrucciones perjudiciales, no solo para la filial, sino también para los externos o los acreedores (de forma detallada, sobre toda la problemática al respecto, DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.<sup>ª</sup>L. [2009], *op. cit.*, pp. 350 y ss., en especial, 399 y ss.).

Excede de nuestra aportación entrar en este debate. En la práctica, es evidente y este supuesto de hecho avala nuestra afirmación, que el interés de grupo existe en los grupos fácticos y que las decisiones de la dirección unitaria se orientan a su consecución, lo que no quiere decir que tengan como objetivo, siempre y en todo caso, aunque el supuesto que comentamos pudiera refrendar la posición contraria, la lesión al interés social de la filial, porque la realidad ha demostrado y el propio Tribunal Supremo lo ha reconocido, que la finalidad de las filiales, cuando se integran en un grupo es precisamente la contraria, lograr el camino más adecuado para la defensa y promoción de su propio interés (DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.<sup>ª</sup>L. [2009], *op. cit.*, pp. 377 y ss.; FUENTES NAHARRO, M. [2008], *op. cit.*, p. 404, analizando el pronunciamiento del Alto Tribunal, en este sentido, contenido en la Sentencia de 12 de abril de 2007).

Ahora bien, lo que no es tan evidente, es que cualquier decisión que se adopte, en interés de grupo pueda considerarse legítima. Tampoco es evidente que cuando se trate de instrucciones contrarias a los intereses individuales de las sociedades que lo integran, las mismas puedan ampararse, sin más, en la defensa legítima de dicho interés «superior», sin que las sociedades afectadas, los socios externos o los posibles acreedores, obtengan algún tipo de contraprestación o beneficio que logre compensar el sacrificio que asumen.

Y es que, podrá discutirse la legitimidad o no de interés de grupo, del poder de dirección en los fácticos, pero lo que en ningún caso es discutible es que cuando se emitan y ejecuten instrucciones que perjudiquen a las filiales, a los socios externos o a los acreedores, la matriz debe responder de los daños que se hayan ocasionado (

De

ARRIBA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup>L. [2009], *op. cit.*, p. 399).

Así las cosas, como ha defendido la doctrina, la legitimidad que pueda reconocerse al interés del grupo, está íntimamente relacionada con la compensación de forma adecuada de las desventajas que la consecución del mencionado interés haya podido ocasionar a alguno de sus miembros (FUENTES NAHARRO, M. [2008], *op. cit.*, p. 414 y en [2007], *Grupos de sociedades y protección de acreedores (Una perspectiva societaria)*, Madrid, pp. 140 y ss.; GIRGADO PERANDONES, P. [2002], *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, p. 147), asunción que, evidentemente, será más fácil de concretar en aquellos supuestos de grupos contractuales o de derecho, que en aquellos que se han formado *de facto*.

Al hilo de lo expuesto en los párrafos precedentes y del fallo contenido en la Resolución que analizamos, debemos centrarnos en dos cuestiones. En primer lugar, los límites que puedan pesar sobre las órdenes o decisiones que en el ejercicio del poder de dirección se adopten en interés de grupo; y, en segundo lugar, los mecanismos que han de arbitrarse para poder compensar a las sociedades afectadas por las decisiones que, en cumplimiento de dicho ejercicio, y esto es fundamental, se llevan a cabo por sus propios órganos de administración.

Y ello es así porque, como de forma clara se expone en el Fundamento quinto de la Resolución, la integración de una sociedad en un grupo, incluso en concepto de sociedad filial o dominada, ... *no supone la pérdida total de su identidad y autonomía* ..., ya que esa sociedad sigue conservando su personalidad jurídica y sigue siendo titular de sus concretos objetivos y de su propio y específico interés social (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.<sup>a</sup> [1998], «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227, Bib. 1998\2018).

Por ello, no es concebible, en ningún caso, que el interés de cada sociedad integrante del grupo quede ... *diluido* ... en el interés de grupo, ... *hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrada* ... (Fundamento de Derecho quinto).

Tampoco es posible, como de forma expresa se indica por el ponente, que la defensa del interés de grupo, en contra del social de la filial, pueda repercutir negativamente en los socios externos, que, como sucede en el caso analizado y a consecuencia de las pérdidas, ven como se reduce de forma injustificada el valor de su participación en el patrimonio de la sociedad. Igual sucede con los acreedores, ya que pueden ver frustrada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad a consecuencia de la mencionada disminución de patrimonio (*vid.* en la doctrina, LÓPEZ EXPÓSITO, A.J. [2013], «Responsabilidad y protección de acreedores y socios externos en los grupos de sociedades», 2 de octubre, La Ley 3421/2013; MOYA BALLESTER, J. [2012], «Los grupos de sociedades y la protección de los acreedores», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, enero-junio, pp. 307 y ss.).

Todo ello no es óbice para que el interés social pueda ser matizado por el interés de grupo y coordinado con el mismo, pues lo contrario implicaría, como de forma acertada se ha indicado, impedir el funcionamiento eficaz de la «empresa de grupo» ... *que se ve constreñida y coartada por una normativa sobre conflictos de intereses que no se adapta a la nueva realidad empresarial que este fenómeno representa* ... (FUENTES NAHARRO, M. [2008], *op. cit.*, p. 413. *Vid.* VICENT CHULLÁ, F. [2011], *op. cit.*, pp. 29 y ss., en concreto en relación con los problemas que para la operativa del grupo de sociedades plantea la aplicación de los actuales artículos 229.1 y 231.2LSC).

Así parece reconocerlo el Tribunal Supremo en la Resolución que comentamos, pues tras reconocer la existencia de conflictos de intereses, procede de alguna forma a legitimarlos siempre que se busque un equilibrio razonable entre el interés de grupo y el particular de las sociedades que lo integran, entendiendo como tal, aquel ... *que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja los socios externos y a los acreedores*

...

Para ello, se señala, ha de realizarse un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas por ambas direcciones, y concluir si existe o no un resultado negativo para la filial.

Se acoge el Alto Tribunal a la conocida como «teoría de la ventaja compensatoria», en su vertiente cuantitativa precisando los requisitos que han de concurrir en las mismas para que se consideren resarcitorias de los posibles daños que, en interés de grupo, se hayan ocasionado al interés social de las filiales (un estudio detallado de dicha teoría, desde una perspectiva crítica, al calificarlo con una suerte de indemnización, no totalmente compatible con nuestro ordenamiento positivo, lo podemos encontrar en FUENTES NAHARRO, M. [2007], *op. cit.*, pp. 151 y ss., en especial, proponiendo otro entendimiento de la compensación, pp. 173 y ss.).

Debemos tener presente, en este sentido, y en contra del planteamiento del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona en la sentencia de la que trae causa el recurso de casación, que la mera pertenencia al grupo no puede ser considerada como ventaja suficiente o compensación en los supuestos en los que la obediencia a las instrucciones de la dirección unitaria causen un grave perjuicio al interés social de la filial.

Se ha indicado, acertadamente en nuestra opinión, que los efectos grupales positivos son debidos, motivados u obligados por la adecuada dirección unitaria, mientras que, las compensaciones a que tiene derecho la filial, en casos de perjuicios, tienen su origen en una decisión directa de la matriz, ... *un comportamiento activo... y, consecuentemente, consciente* ... orientado, valga la reiteración, a compensar los daños ocasionados como consecuencia de la ejecución de decisiones perjudiciales (DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup>L. [2009], *op. cit.*, p. 379. De forma semejante, FUENTES NAHARRO, M. [2007], *op. cit.*, pp. 183 a 185).

Junto a este requisito de voluntad compensatoria, en nuestra opinión coherente con el reconocimiento del interés de grupo y de la legitimidad de la dirección unitaria, han de concurrir otros puestos de relieve en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015.

Así, se parte de que las ventajas compensatorias pueden ser previas, simultáneas o posteriores a la causación del daño.

Respecto de las previas, quizá porque son las que se alegan en el caso que analizamos o las que pueden plantear mayores inconvenientes, una breve reflexión. Se alegó por el administrador demandado que la sociedad había obtenido ventajas previas derivadas de un trasvase de clientela desde la cabeza de grupo, gracias al cual en apenas dos años de actividad empresarial había obtenido cuantiosos beneficios. No discute el ponente el hecho de que esta medida pueda ser considerada o no como compensación suficiente, si se discute su concurrencia, ya que conforme a los dictados de la Audiencia no ha quedado suficientemente acreditado que dicho trasvase fuese el acicate a la obtención de los beneficios (es más, el administrador demandado, en un momento de las testificales, reconoció que el mismo había sido insignificante), cuando por el contrario sí que se ha constatado el esfuerzo empresarial de la sociedad A, que acredita el éxito que obtuvo en el mercado nacional y en el galo. En nuestra opinión, atendiendo a los requisitos que continuación analizaremos y que deben concurrir en una ventaja para que la misma tenga la consideración de compensatoria y, además, suficiente, si dicho trasvase de clientela previo a la creación de la sociedad A, hubiera tenido la suficiente entidad como para justificar, como sucede a la inversa (es decir, cuando se ha trasvasado la clientela francesa a una sociedad del grupo), los beneficios obtenidos por la sociedad A, los mismos podrían ser considerado ventaja compensatoria suficiente para justificar el predominio del interés de grupo en conflicto con el interés social de la sociedad afectada. En caso contrario, como puede extraerse de la Sentencia, es evidente que la cesión de clientela inicial no podrá tener la condición de ventaja justificada.

Y ello es así, además, porque como se forma sumamente clarificadora se analiza en la Resolución, no cualquier ventaja compensatoria es posible, no cualquier ventaja podrá considerarse resarcitoria de los daños ocasionados a la filial en los supuestos en los que las decisiones ejecutadas en interés de grupo la perjudiquen. Las ventajas o prestaciones a favor de la filial deberán ser:

En primer lugar, verificables o ciertas, sin que, como de forma expresa se indica en la resolución que analizamos, ... *sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a «sinergias» o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción* ...

En segundo lugar, habrán de tener consistencia real, aunque no necesariamente material (apostillamos), porque puede tratarse, por ejemplo, de oportunidades de negocio concretas dotadas de valor patrimonial, como puede ser el trasvase de clientela. No tienen cabida, en consecuencia, aquellas ventajas que no sean razonablemente previsibles, al menos (FUENTES NAHARRO, M. [2007], *op. cit.*, p. 178).

En tercer lugar, al hilo de lo anterior, la ventaja deberá tener valor económico, debiendo guardar dicho valor proporción con el daño sufrido por la sociedad filial.

Por último, ha de estar justificada, sin que, conforme defiende el ponente, pueda considerarse justificación suficiente ... [e]l argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario ... (Fundamento de Derecho sexto), sencillamente, entendemos, porque ello es consustancial a la integración de la sociedad filial en el grupo y porque, como se ha indicado, perseguir el mutuo equilibrio de las sociedades entre sí y de estas con el grupo debe obedecer a una efectiva política del grupo (FUENTES NAHARRO, M. [2008], *op. cit.*, p. 416).

Es más, en nuestra opinión, en casos como los de autos, en los que la decisión de la dirección unitaria supone la aniquilación de la sociedad dominada, difícilmente podremos encontrar un fundamento o justificación de la misma que nos permita calificarla como suficiente para compensar los daños que se le causan a la sociedad dependiente. Porque, como de forma expresa ha indicado el ponente de la sentencia que analizamos, ... *la pervivencia de la sociedad filial es en todo caso un límite último al interés del grupo, en tanto que nunca puede estar justificada una actuación en beneficio del grupo que suponga poner en peligro la viabilidad y solvencia de la sociedad filial, con el perjuicio que ello puede suponer para los socios externos y para los acreedores* ... (Fundamento de Derecho octavo. *Vid.* DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.<sup>ª</sup>L. [2009], *op. cit.*, pp. 267 y ss., en especial, 367; Embid Irujo, J.M. [1987], *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situación de dependencia societaria y de grupo*, Madrid, pp. 253 y 254; FUENTES NAHARRO, M. [2008], *op. cit.*, p. 417 y en [2007], *op. cit.*, pp. 191 y ss.); GIRGADO PERANDONES, P. [2001], *op. cit.*, p. 262 y [2002], *op. cit.*, p. 144; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.<sup>ª</sup> [1998], *op. cit.*).

Estamos, siguiendo a Vicent Chuliá ([2011], *op. cit.*, p. 23), ante un grupo claramente patológico, en el que se ha producido un abuso sistemático de la personalidad jurídica de la sociedad dominada, derivado de la impartición de instrucciones contrarias a su interés social, lo que justificará la responsabilidad de la dominante y de sus administradores.

#### IV. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA FILIAL EN SITUACIONES DE CONFLICTO: ALCANCE

Con carácter previo a la imputación de responsabilidad al administrador de la dominada, y como elemento, entendemos, determinante de la constatación de la existencia de daño (atentar, perjudicar o contravenir los intereses de su sociedad en aras de defender el interés de grupo), tanto la Audiencia Provincial de Barcelona como el Tribunal Supremo se cuestionan el alcance del deber de lealtad de los administradores, en el seno de los grupos societarios.

Mucho se ha discutido al respecto por la doctrina especializada (a ella nos remitimos, *vid. supra*) que se ha dedicado a analizar la legitimidad del interés de grupo y el reconocimiento del carácter obligatorio de las instrucciones emanadas por la dirección unitaria, como acicates para garantizar el funcionamiento del ente que, de otra forma, quedaría totalmente coartado o aniquilado por la defensa del interés social y la tradicional concepción de la sociedad-isla.

La resolución que analizamos contribuye, a esclarecer cualquier duda que pueda existir respecto del entendimiento o alcance del deber de lealtad de los administradores sociales en los supuestos en los que las sociedades a las que representan forman parte de un grupo societario. Y lo hace creando Derecho de grupos, como ha elogiado Embid Irujo, y como ha indicado Paz Ares que debe ser, dada la imposibilidad de ... *regular de antemano una fenomenología compleja, cambiante y escurridiza, sin dejar muchas lagunas que puedan ser explotadas por el administrador desleal o establecer cortapisas que frecuentemente les dejarán atados de manos impidiéndoles realizar transacciones beneficiosas para la sociedad y sus accionistas* ... (PAZ ARES, C. [2015], «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uribe&Menéndez*, núm. 39, p. 49).

El deber de lealtad de los administradores de sociedades de responsabilidad limitada se consagraba, en el momento en que sucedieron los hechos, en el artículo 61.1LSRL, conforme al cual, se imponía a los administradores el desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal.

La doctrina, casi de forma unánime, había interpretado dicho deber entendiendo que implicaba la obligación del administrador de ejercer sus funciones en todo momento en interés de la sociedad (RIBAS FERRER, V. [2010], «Artículo 226. Deber de lealtad», en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. ROJO, A., y BELTRÁN, E., Madrid, pp. 1620 y ss., y en [2010], *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid, pp. 84 y ss., y en [2012], «Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, Bib 2012\685).

Interpretación que ha quedado refrendada en la dicción literal del actual artículo 227LSC, tras la reforma de 2014, de mayor precisión y claridad en cuanto al contenido de este deber que su antecesor (los motivos de los elogios, en este sentido, pueden consultarse en PAZ ARES, C. [2015], *op. cit.*, pp. 43 y ss.), en tanto exige el desempeño del cargo con la ... *lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*... (ALFARO ÁGUILA REAL, J. [2015], «artículo 225. Deber general de diligencia de los administradores», en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, coord. JUSTE MENCIA, pp. 313 y ss.; Juste Mencía, J. [2015],

«Artículo 227. Deber de lealtad», en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, coord. Juste Mencía, pp. 361 y ss. Sobre la importancia de haber introducido matices morales en la concreción del deber de lealtad, recomendamos la lectura de las palabras de Paz Ares, C. [2015], *op. cit.*, pp. 49 y 50. Sumamente interesante es, en este sentido, la entrada de Alfaro Águila Real al respecto en su blog, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/05/la-importancia-del-lenguaje-moral-en.html>).

La lealtad del administrador, a su sociedad, al interés de su sociedad, se matiza en los artículos 227 y siguientes de la LSC, conforme a su redacción actual, imponiendo una serie de obligaciones básicas, entre las que se encuentran la adopción de las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflictos de intereses, con el cumplimiento de sus deberes y con el interés de la sociedad (artículo 228.e)).

Debemos tener presente, en relación con esta obligación, que aunque conceptualmente puedan considerarse distintos, el conflicto de intereses debe equipararse, normativamente, al conflicto de deberes, o como se ha denominado «conflicto de intereses por cuenta ajena» (PAZ ARES, C. [2015], *op. cit.*, p. 53), de hecho, así se matiza por nuestro legislador, indicando que la obligación a que hace referencia se impone tanto en los casos de que el conflicto provenga de actuaciones por cuenta propia como ajena.

Se han regulado, además, en el artículo 229 (elogiando la función del precepto, Paz Ares, C. [2015], *op. cit.*, p. 53, quien afirma que es ... *profiláctica, por eso define un supuesto de peligro abstracto* ...), cuales son las situaciones conflictivas que ha de evitar el administrador, tanto en casos en los que el beneficiario es el mismo como en aquellos en los que tal condición la ostente una persona vinculada al administrador, entre las que incluyen, *ex artículo 231 ... Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio...*

El supuesto de hecho analizado en el presente comentario podría encajar, perfectamente, en varias de las situaciones conflictivas contempladas en el actual artículo 229. Así, el uso de activos sociales con fines privados (innegable si tenemos en cuenta la participación activa del administrador condenado, tanto en la creación de la sociedad B, como en el trasvase de la clientela francesa a la misma); el aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad (indudable, como se indica en la Resolución al quedar acreditado el esfuerzo de la sociedad A para ocupar la posición que tenía en el mercado francés), o la obtención de ventajas provenientes de terceros, distintos de la sociedad o de su grupo, asociadas al desempeño de su función (supuesto que, quizá nos sería más difícil de justificar sobre todo porque no ha quedado constancia del mismo en el *iter* probatorio, aunque nos cueste pensar que la actuación del administrador se llevó a cabo sin ningún tipo de estipendio, sobre todo después de la lectura y del tratamiento que de la materia realiza PAZ ARES, C. [2013], «La anomalía de las retribuciones externas de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, pp. 84-140).

Una breve referencia, obligada, al artículo 231LSC, tras la reforma. Compartimos con PAZ ARES ([2015], *op. cit.*, p. 56) que la norma debió prever cláusulas de asimilación ... *que permitan neutralizar las estructuras de interposición y conexión de intereses y la ingeniería societaria que pueda idearse para eludirla* ... Trae a colación, por ejemplo, la limitación legal en cuanto a personas vinculadas, que deja fuera casos sangrantes, en los que tendría cabida nuestro supuesto de hecho, como el de las entidades en las que el administrador o una persona allegada a él desempeñan funciones ejecutivas y/o poseen participaciones significativas; o el de los socios que han designado o promovido la designación del administrador, poniendo como ejemplo el de los directivos de la matriz, nombrados administradores de la filial (nuestro supuesto). Propone, como no podría ser de otra forma, salvar este inconveniente en vía hermenéutica.

Se impone, además, el deber de comunicación de la situación conflictiva al resto de los administradores y a la propia sociedad, así como en la memoria a que se refiere el artículo 259 (obligación de informar al resto de los administradores a la que ya había aludido el Paz Ares, C. [2003], «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, p. 82).

Tanto la Audiencia Provincial de Barcelona, como el Tribunal Supremo, defienden que dicho deber se entiende en relación con la sociedad de la que se es administrador, de tal forma que, como indica el ponente en la Resolución casacional, se ha de actuar como un representante leal en defensa del interés social de la misma y no atendiendo a intereses particulares o de terceros, incluso cuando la sociedad pertenezca a un grupo de sociedades, aunque sea la sociedad dominante, aunque sean ... *intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar «interés de grupo»* ...

Es por ello que, en una situación de conflicto, el administrador ... *ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de la sociedad...*, pues de lo contrario será responsable de los daños que pueda ocasionar a la sociedad como consecuencia del incumplimiento del mencionado deber, en los términos que analizaremos en el apartado siguiente.

Hemos querido resaltar la palabra absteniéndose para traer a colación no solo una opción, activa que no pasiva, que el propio ponente apunta debió llevar a cabo el administrador y que pasa desapercibida en el texto de una resolución de la enjundia de la que analizamos. Y es que el administrador no solo tenía la opción de no ejecutar la orden (que es obvio no entraba en sus planes si tenemos en cuenta su condición en el grupo y su participación, mayor, en la sociedad B), sino que, además, consciente de la situación financiera en la que quedaba la sociedad A como consecuencia del trasvase de clientela a la sociedad B, constatada y avalada por cuatro ejercicios de pérdidas, debió haber procedido a ... *una disolución y liquidación ordenada que hubiera respetado el derecho a la cuota liquidativa del socio* ... Propuesta que, nos lleva a apuntar, la posible concurrencia, en el caso que analizamos, de los presupuestos necesarios para la exigencia de responsabilidad al órgano de administración sobre la base de lo previsto en los antiguos artículos 104.1.e)LSRL, 260.1 4.ª LSA, y del actual art. 363.d), a los que ya hemos dedicado un estudio en esta misma sede ( *vid* . MÁRQUEZ LOBILLO, P. [2014], «Sentencia 15 de octubre de 2013. Acción de responsabilidad contra los administradores sociales por no instar la disolución de una sociedad declarada en concurso», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* , núm. 95, pp. 347-374)

Compartimos, además, aquellos planteamientos que entienden que el órgano de administración de la dominante debe respetar la estructura interna de la sociedad dominada, sin perjuicio de la existencia de ... *alteraciones funcionales limitadas* ... que generan la extensión del orden de competencias de la dominante al conjunto del grupo (GIRGADO PERANDONES, P. [2002], *ob. cit.* , p. 149). Y resaltamos en cursiva lo de alteraciones funcionales limitadas porque, como se mantiene en la sentencia que comentamos, no puede considerarse que tengan cabidas en la concepción de dichas alteraciones aquellas que, como en el caso que nos ocupa, dejen a la sociedad dominada en una situación de práctica insolvencia empresarial.

## V. LA CONSECUENCIA DE LA PREMISA: LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR LA EJECUCIÓN DEL ACTO LESIVO (APUNTE)

Los estudios doctrinales sobre la legitimidad del interés del grupo y del ejercicio y alcance de la dirección unitaria, han examinado, además, de forma casi obligada la problemática sobre la obediencia debida del administrador de la filial a las instrucciones que provienen de la matriz, así como, de las consecuencias que de ello se derivan en orden a la imputación de una posible responsabilidad social cuando, acatando las órdenes de la matriz, causa daños a la sociedad de la que es administrador (de forma detallada GIRGADO PERANDONES, P. [2001], *op. cit.* , pp. 352 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª [1998], *op. cit.* , a los que nos remitimos con expresa referencia a la doctrina citada por ellos).

Dos posiciones claramente contradictorias en este sentido. Los que abogan por la no responsabilidad de los administradores que obedecen las instrucciones de la matriz, a fin de garantizar la viabilidad del grupo y que el mismo no quede configurado como una mera unión *sui generis* de empresas. Los que entienden que la pertenencia de una sociedad a un grupo no afecta al sistema de responsabilidad de sus administradores que se deben lealmente al interés de su sociedad.

Este último es, como se puede deducir del comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo que venimos realizando, el planteamiento del Alto Tribunal que compartimos, en este caso concreto, dadas las circunstancias concurrentes en el mismo: el aniquilamiento de la filial como consecuencia de la decisión adoptada por la matriz; la participación del administrador declarado responsable, tanto en las dos sociedades implicadas como en la cúpula directiva del grupo; su participación activa en la conducta determinante del daño.

Así las cosas, y si tenemos en cuenta que, como mantiene el Tribunal Supremo, el interés de grupo no es omnipotente y su ejercicio tiene como límite último la imposibilidad de aniquilar a la filial; que la sociedad filial ha sufrido un daño sin percibir compensación alguna; que el daño, ha quedado acreditado que se debe a una conducta llevada a cabo por su administrador que, contraviniendo el deber de lealtad que tiene con ella, ha ejecutado una orden de la dirección unitaria que prácticamente la aniquila y que además ha causado daños potenciales a socios externos y a acreedores; parece que concurren todos los presupuestos condicionantes de la exigencia de responsabilidad a dicho administrador (y matizamos que a dicho administrador porque, aunque sea brevemente, queremos dejar constancia de que en el caso de administración solidaria, como es el que nos ocupa, la Audiencia Provincial eximió, y el Tribunal Supremo lo confirmó, de forma acertada en nuestra opinión, al otro miembro del órgano por entender que el mismo no tomó parte activa en la creación de la sociedad B, desconocía la existencia del trasvase y limitaba sus actuaciones en la sociedad A al cumplimiento de las obligaciones legales [convocatoria de juntas, depósito de cuentas...]).

Este es el planteamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de diciembre de 2015. ... *El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario* ..., ya que, como hemos analizado anteriormente, la misma no deroga las obligaciones que le incumben como administrador de su sociedad (gestión ordenada, representación leal y fidelidad al interés social, especialmente en este caso).

Es más, no solo siguen pesando sobre él los deberes que tiene atribuidos en su condición de administrador, sino que el cumplimiento de las órdenes que puedan provenir de la dirección unitaria del grupo no constituye causa de exención de una posible responsabilidad proveniente del mismo. ... *El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de «obediencia debida» a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra* ... Ello, sin perjuicio de que, como ha indicado Alfaro Águila Real, los administradores puedan repetir contra la matriz si siguieron sus instrucciones ( *vid.* <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/10/instrucciones-daninas-para-la-filial.html>)

Cuestión distinta podría ser, como ha planteado la doctrina, en orden a la determinación de la responsabilidad del administrador de la filial, aquellos supuestos en los que el mismo atiende a órdenes que pueden inscribirse en el margen de decisión que tiene atribuido el órgano de administración del grupo, en cuyo caso podríamos aplicando la doctrina del «desplazamiento de la responsabilidad», entender que la misma recae sobre la matriz (de forma detallada sobre este aspecto, ajeno a nuestro objeto de estudio, GIRGADO PERANDONES, P. [2002], *ob. cit.*, pp. 197 y ss.), circunstancia en la que difícilmente podríamos encuadrar el caso de autos por encontrarnos ante instrucciones de la dirección unitaria desmesuradas, desproporcionadas, injustificadas, no compensadas y que difícilmente tienen encuadre en el margen de decisión atribuible a los administradores de un grupo de sociedades.

No podemos olvidar, además, que como indica el ponente, en el caso de autos, concurre otro presupuesto que hubiera sido más que suficiente para imputar responsabilidad al administrador rechazando el recurso de casación, y es que constituye hecho probado que el administrador de la sociedad A), era socio de la sociedad B, formaba parte del círculo de control del grupo, tomo parte activa en la decisión de crear la sociedad B (de hecho era socio de la misma) y, lo que es más importante si cabe, en la decisión de traspasar la clientela de una sociedad a la otra, motivo que, como sabemos, provocó que la A) comenzara a sufrir cuantiosas pérdidas.

Tampoco le exime de responsabilidad el hecho de que, como alega, su actuación no haya sido dolosa, pues, como indica el ponente (Fundamento de Derecho décimo) ... *para que el administrador sea responsable del daño causado a la sociedad no es necesario que su actuación sea dolosa, basta con que se haya tratado de una acción voluntaria y consciente, que puede ser meramente culposa, y que el daño haya sido efectivamente causado* ...

No le libera de responsabilidad, como alega, el hecho de que no haya obtenido un beneficio personal, que el ponente pone en tela de juicio dada su condición, antes apuntada, puesto que ... *lo relevante para la exigencia de responsabilidad es el daño que ha causado a la sociedad de la que es administrador, no el beneficio propio o ajeno que haya podido obtener con la actuación* ... (Fundamento de Derecho décimo).

Queremos concluir nuestro comentario, en este apartado de responsabilidad del administrador, haciendo referencia a la legitimación activa para la exigencia de la misma, cuestionada en el caso de autos alegando el abuso de derecho por parte del socio instante. Abuso que, quiere esgrimirse en que se le ofreció participar en la sociedad B, y declinó; se negoció con él la compra de su participación social en la sociedad A, y la rechazó porque solo le ofrecían como contrapartida el valor nominal de las participaciones sociales; o, en el tiempo que transcurre entre el momento en el que se produjeron los hechos y la presentación de la demanda. El ponente es tajante. No existe abuso de derecho porque no ha quedado acreditado que se le ofreciera una compensación al daño que indirectamente se le ocasionaba como consecuencia de la disminución significativa del valor de sus participaciones sociales; y porque tampoco se ha acreditado que la rechazase de forma injustificada.