



Roj: **SAP B 7246/2013 - ECLI:ES:APB:2013:7246**

Id Cendoj: **08019370152013100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **21/06/2013**

Nº de Recurso: **73/2012**

Nº de Resolución: **264/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS GARRIDO ESPA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7246/2013,**
STS 5151/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA

ROLLO Nº 73/2012-3ª

PROCEDIMIENTO DE JUICIO ORDINARIO Nº 81/2009

JUZGADO MERCANTIL Nº 8 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 264/2013

Ilmos. Sres. Magistrados

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUIS GARRIDO ESPA

JORDI LLUÍS FORGAS I FOLCH

En Barcelona, a veintiuno de Junio de dos mil trece

La Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial ha visto el juicio ordinario seguido ante el Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona con el nº 81/2009, a instancia de Enrique , representado por el procurador Jesús Millán Lleopart y asistido del letrado Joaquín Verdú Jouanneau, contra Lorenzo , representado por el procurador Juan Manuel Bach Ferré y bajo la dirección del letrado Ramón Graells Bofill, y Jesús Carlos , representado por la procuradora Pilar López Rodríguez y defendido por el letrado Josep Juliá Nicolás.

Conocemos las actuaciones por razón del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la **sentencia** dictada en fecha 28 de octubre de 2011 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia dictada con fecha de 28 de octubre de 2011 en los autos referenciados desestimó la demanda que formuló Don. Enrique contra Don. Lorenzo y Jesús Carlos , absolviendo a los citados demandados, con imposición a la actora de las costas causadas al codemandado Sr. Lorenzo y sin imposición de costas en relación con el otro codemandado.

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, que fue admitido a trámite. Los demandados presentaron sendos escritos de oposición al recurso.



TERCERO. Recibidos los autos, formado en la Sala el Rollo correspondiente y comparecidas las partes, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar inicialmente, el 25 de abril de 2012.

La deliberación se prolongó debido a discrepancias internas del tribunal, hasta que por providencia de 21 de marzo de 2013 fue designado un nuevo ponente.

Es nuevo ponente, oportunamente notificado a las partes, el Magistrado Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. Don. Enrique , en su condición de socio de la sociedad española ALPHASPRAY S.L., ejercitó en su demanda la acción social de responsabilidad que regulaba el art. 134, en relación con el 133, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), a los que remitía el art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), antes de ser derogadas ambas leyes por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio (TRLSC).

Los hechos en los que la demanda fundamenta la responsabilidad de los demandados Don. Jesús Carlos y Lorenzo , en cuanto administradores solidarios de ALPHASPRAY S.L., por haber causado, en tal condición, un daño al patrimonio social, se produjeron en el período 2005/2006, de modo que, por esa razón temporal, para enjuiciar la acción ejercitada nos referiremos a la legislación vigente en aquel momento (LRSL y TRLSA).

2. La demanda señalaba como actuación antijurídica de los administradores demandados, contraria al deber de lealtad y fidelidad, el desvío o traspaso de la mayor parte de la clientela de la sociedad por ellos administrada (la clientela francesa) a otra sociedad de nacionalidad francesa, ACTISPRAY SRL, y solicitaba su condena al pago de la cantidad de 1.691.584,79 €, en la que la parte actora cifraba los daños y perjuicios causados a ALPHASPRAY SL, beneficiaria de la indemnización pretendida.

Además, en la demanda se ejercitaba la acción de separación del administrador que preveía el art. 65 LSRL (actual art. 230 TRLSC), por infracción por parte los administradores Sres. Jesús Carlos y Lorenzo de la prohibición de competencia, en los términos establecidos en dicho precepto.

SEGUNDO. 2. Los hechos incontrovertidos o bien probados que resultan de lo actuado son los siguientes.

A. 1) ALPHASPRAY S.L. fue constituida por escritura pública de 4 de marzo de 2003, con domicilio en Cerdanyola del Vallès y objeto social consistente en la compra y venta de materiales destinados a la industria de tratamiento de superficies y pintura en general. En su ejecución, se centró en la venta de aerosoles de pintura en el mercado español y, mayoritariamente, en el francés.

Los socios fundadores fueron (y son a la fecha de presentación de la demanda):

- el demandante Sr. Enrique , que suscribió el 20 % del capital;
- el demandado Sr. Jesús Carlos , que ostenta el 25 %;
- el demandado Sr. Lorenzo , con el 4 %;
- y, como socio mayoritario, el Sr. Millán , con el 51 % del capital. El Sr. Millán falleció y en su participación le ha sucedido su viuda Sra. Candida (Evangelina).

Fueron nombrados administradores solidarios, y han continuado siéndolo hasta la fecha de presentación de la demanda, los Sres. Jesús Carlos y Lorenzo .

2) Hasta el fin del año 2005 la gran mayoría de la clientela de ALPHASPRAY era francesa, y vendía sus productos en el mercado francés. Para gestionar esta cartera contaba con una oficina comercial en Francia, ubicada en la dirección "55 rue des Fontenelles, ZA1 du Petit Parc, 78920, Ecquevilly", con la dirección de correo electrónico "france@alphaspray.com".

3) ALPHASPRAY S.L. facturó en 2003 la cifra de 301.097 €, obteniendo beneficios antes de impuestos por 106.256 €. En 2004 alcanzó la cifra de facturación de 815.563 €, con beneficios por 207.464 €, y en 2005, con un volumen de facturación de 855.320 €, obtuvo beneficios por 244.376 €.

En el ejercicio de 2006 la cifra de ventas descendió un 84 % con respecto a 2005. Los ingresos por facturación fueron de 134.997 € y registró pérdidas por 28.927 € (informe de auditoría de las cuentas de 2006, emitido por el auditor Sr. Baigorri; documento 3 de la demanda).

En 2007 la facturación suma 135.812 € y generó pérdidas por 30.328 € (documento 4; cuentas anuales de 2007).



B. 1) ACTISPRAY SRL es una sociedad de nacionalidad francesa, constituida el 4 de noviembre de 2005, con un objeto social igual o similar al de ALPHASPRAY S.L. (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 (es decir, el mismo donde se ubicaba la oficina francesa de ALPHASPRAY S.L.).

2) Los socios fundadores de ACTISPRAY SRL son:

- Jesús Carlos , que suscribió 180 participaciones; y
- COFIPAGUE INTERNATIONAL (sociedad francesa), representada por Doña. Evangelina , con 330 participaciones (de un total de 500). Fue nombrado gerente o administrador el Sr. Luis Andrés .

C) ALPHASPRAY S.L. y ACTISPRAY SRL se integran en una estructura de "grupo" empresarial cuya sociedad dominante es la entidad francesa COFIPAGUE INTERNATIONAL, de la que es socia mayoritaria Doña. Evangelina y director general el Sr. Luis Andrés . COFIPAGUE integra a su vez al "Grupo DNI" y "FISA", dedicados a la comercialización de productos químicos, pinturas y aerosoles, cuya socia mayoritaria es así mismo Doña. Evangelina .

El actor Sr. Enrique 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.

D) ACTISPRAY SRL 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. Arcadio , que en septiembre de 2005 remitió una carta (f. 189) al Sr. Jesús Carlos 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 (Ecquevilly), por lo que la administración tributaria francesa podía considerar que tiene un establecimiento imponible 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 fue constituida ACTISPRAY SRL por COFIPAGUE y el Sr. Jesús Carlos , sin la participación del actor Sr. Enrique , a quien, sin embargo (como indica la sentencia apelada en el fundamento cuarto apartado 5º), se le ofreció la oportunidad de ser socio.

E) A finales de 2005 se lleva a cabo desde Francia el traspaso de la clientela francesa de ALPHASPRAY SL a ACTISPRAY SRL. Con este fin, el "equipo ACTISPRAY" remitió una carta a los clientes franceses de ALPHASPRAY en noviembre de 2005 (documento 8 de la demanda), en la que figura la denominación ALPHASPRAY en la esquina superior derecha y el siguiente texto (de acuerdo con la traducción no controvertida):

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

Estimado cliente: (...)

La sociedad ALPHASPRAY, creada en abril de 2003 3n Barcelona, bajo la influencia de su director Ovidio , 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 la parte inferior izquierda figura "ALPHASPRAY S.L." y su dirección en España (Cerdanyola del Vallès), y en la derecha "Bureau Commercial France" y la dirección "55 rue des Fontenelles 78920 ECQUEVILLY- FRANCE" y el e-mail france@alphaspray.com.

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).

F) A partir de enero de 2006 se produce, efectivamente, el traspaso de la clientela francesa. En ese primer ejercicio de actividad, ACTISPRAY factura la suma de 872.155 €, generando unos beneficios antes de impuestos por 130.452 €. En el 2007 obtiene un resultado positivo de 178.303 € (documento 15 de la demanda, cuentas aportadas por dicha sociedad y traducción a ff. 741 y siguientes).

G) El actor Sr. Enrique inició conversaciones con el Sr. Luis Andrés en mayo de 2006 con el objeto de vender sus participaciones de ALPHASPRAY SL (documentos 59 a 62 de la contestación del Sr. Jesús Carlos), no llegando a alcanzar un acuerdo sobre el precio.



De otro lado, el Sr. Enrique , despedido de DNI en diciembre de 2006 (f. 323 y siguientes), está vinculado desde ese año a las sociedades REVETTECH SRL y AERTECH, dedicadas al mismo género de actividad que ALPHASPRAY.

TERCERO. 3. El actor Sr. Enrique denunciaba en su demanda la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad por parte de los administradores de ALPHASPRAY Sres. Jesús Carlos y Lorenzo , al haber desviado la clientela francesa de dicha sociedad a la de nueva creación, constituida sin su conocimiento. La actuación de traspaso de clientela y sustracción del fondo de comercio francés de ALPHASPRAY se imputaba a la conducta activa del Sr. Jesús Carlos , con la colaboración necesaria del Sr. Lorenzo .

El daño causado a la sociedad, por haber padecido un descenso del 84 % de su cifra de ventas a partir de 2006, se hacía coincidir con la valoración de la empresa al 1 de enero de 2006, que el dictamen pericial de la Sra. Micaela cifraba, de acuerdo con la metodología de descuento de flujos de caja, finalmente, en la cantidad de 1.691.584,79 ?.

4. En su defensa, el Sr. Lorenzo , sin negar los hechos expuestos, fundamenta su exculpación personal, al amparo del art. 133.3 TRLSA , en que no intervino en la adopción y ejecución del acto lesivo (el trasvase de la clientela francesa), ya que desconocía que el Sr. Jesús Carlos fuera socio de ACTISPRAY, nunca ha tenido contacto con esta sociedad y en ALPHASPRAY no desempeña ninguna función comercial sino que se limita a la convocatoria de juntas generales, contactos con asesores contables y fiscales y formulación de las cuentas anuales, es decir, para dar cumplimiento a la normativa mercantil societaria española, sin participar en la gestión de los asuntos económicos de la sociedad.

5. El Sr. Jesús Carlos , admitiendo los hechos descritos (a cuyo relato contribuye), basó su defensa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) Pone de manifiesto la integración de ALPHASPRAY SL en el grupo COFIPAGUE-DNI, dominado por Doña. Evangelina y el Sr. Luis Andrés , en el que el actor desempeñó los cargos que se han descrito (fundamento segundo, 2.C).

b) El actor conoció oportunamente la decisión de la cúpula del grupo de crear ACTISPRAY para que asumiera la clientela francesa de ALPHASPRAY, y se le ofreció ser socio de la nueva sociedad, pero el Sr. Enrique declinó la oferta y propuso la venta de sus participaciones, vinculándose en el año 2006 a sociedades competidoras de ALPHASPRAY, e intentó captar la clientela de ésta.

c) Al ser creada ALPHASPRAY en el año 2003 para la comercialización de aerosoles en el mercado francés y español, recibió de DNI el fondo de clientes de ésta, gracias a lo cual ALPHASPRAY pudo alcanzar una facturación de 815.563 ? en año y medio de actividad, cifra prácticamente igual a la facturación de ACTISPRAY SRL durante su primer año; todo queda, en definitiva, en el mismo grupo empresarial.

CUARTO. 6. La sentencia razona que la conducta de desvío de la clientela, que podría ser generadora de responsabilidad -al revelar una actuación negligente y producir un perjuicio a la sociedad-, debe ser valorada en el contexto en el que se llevó a cabo, significado por la pertenencia a un grupo empresarial, y expone los argumentos que conducen a desestimar la demanda. En síntesis:

a) 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.

b) En el marco del grupo ha habido sucesivos traspasos de clientela: primero de DNI a ALPHASPRAY y luego de ésta a ACTISPRAY, por razones impuestas por el "interés del grupo".

c) El actor 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;

d) 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, tal como ha destacado la doctrina, *"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"* .

e) 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, "no se percibe responsabilidad en su actuación porque no se advierte perjuicio en su apreciación conjunta". Igualmente que acataban en este caso una instrucción que resultaba perjudicial para la sociedad Alphaspray, ésta se vio beneficiada por otra decisión del grupo que compensa los daños sufridos y que neutraliza los efectos negativos acaecidos: el motivo de su misma creación y la influencia decisiva que el grupo ejerció en su crecimiento. "No se aprecia variación en el patrimonio social del que se pueda derivar responsabilidad", considera la sentencia.

Tras analizar las cifras de facturación y beneficios obtenidos por ALPHASPRAY, de un lado, y por ACTISPRAY de otro, concluye que "el beneficio obtenido por ALPHASPRAY gracias a las sinergias del grupo es 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, resulta inocuo para ALPHASPRAY, que sigue operando en el mercado español".

7. Por último, desestima la acción de separación (art. 65 LSRL) en lo que respecta al Sr. Lorenzo , ya que no es administrador de hecho o de derecho de ACTISPRAY, ni tiene vinculación con esta sociedad.

En relación con el Sr. Jesús Carlos , la sentencia aprecia la satisfacción extraprocesal 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 .

El recurso del Sr. Enrique no contiene ningún argumento impugnatorio frente a los pronunciamientos de la sentencia referidos a esta pretensión, por lo que queda fuera de nuestra decisión (art. 465.4 LEC).

QUINTO. 8. El recurso de apelación del Sr. Enrique titula los motivos impugnatorios, que seguidamente desarrolla, de la siguiente manera:

- Primero: incongruencia del fallo de la sentencia con respecto a sus razonamientos jurídicos; inexistencia de un grupo empresarial; vulneración del art. 42 del Código de Comercio .
- Segundo: error en la valoración de la prueba con relación a la clientela de ALPHASPRAY S.L.
- Tercero: error en la valoración de la prueba respecto de la eventual participación del socio minoritario Sr. Enrique en la compañía ACTISPRAY y respecto de las negociaciones para la venta de sus participaciones sociales.
- Cuarto: error en la valoración de la prueba respecto de la responsabilidad del Sr Lorenzo .

No es necesaria una exhaustiva exposición de los argumentos del recurso; en definitiva, el apelante denuncia la incorrección de los argumentos jurídicos de la sentencia junto con una errónea valoración de la prueba, sosteniendo la concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda ser declarada la responsabilidad de ambos administradores.

9. Ante todo hemos de rechazar que la sentencia adolezca de incongruencia interna, así como una errónea valoración de la prueba en todos los aspectos a los que el recurso refiere esta descalificación (no obstante, introduciremos matices a lo largo de nuestro razonamiento).

El Sr. Magistrado mercantil, con amplio razonamiento, estima que la pertenencia de ALPHASPRAY a un grupo empresarial justifica la decisión, en "interés del grupo", de traspasar la clientela francesa a otra sociedad de nueva creación, sometida al poder unitario de dirección ejercido por los socios o directivos de control del grupo, y, en global valoración, elimina el perjuicio causado a ALPHASPRAY (queda *compensado*) porque igualmente esta sociedad se vio beneficiada originariamente por otra decisión del centro unitario de poder, impuesta por el interés del grupo, al recibir la clientela que le traspasó otra sociedad del grupo (DNI), compensándose el perjuicio generado por el nuevo traspaso de la clientela a ACTISPRAY con aquel beneficio.

El razonamiento no es incongruente, si bien los argumentos del recurso de apelación obligan a este tribunal a revisar el criterio que adopta la sentencia, a la vista de los hechos que se han declarado probados.

SEXTO. 10. Conforme al art. 133.1 TRLSA , en la redacción aplicable al caso, los administradores responderán frente a la sociedad (...) del daño que causen por *actos u omisiones* contrarios a la Ley o a los estatutos o "por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo" .

En el caso que examinamos la antijuridicidad de la conducta que se imputa al órgano de administración deriva de contravenir el modelo de conducta genérico al que se refería el art. 61.1 LSRL : los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de "un representante leal" .

La obligación de actuar en todo caso como un *representante leal* se configura, a los efectos de los arts. 133.1 y 134 TRLSA , como una *obligación inherente al desempeño del cargo* cuyo incumplimiento, en atención a las concretas circunstancias en que se haya materializado la actuación reprochada, dará lugar a la obligación



de resarcir a la sociedad del quebranto patrimonial causado, siempre que exista la necesaria relación de causalidad.

11. El deber de lealtad que de modo lacónico establecía el precepto aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 61.1 LSRL) debe ser interpretado, al efecto de precisar su destinatario y alcance, con arreglo a las especificaciones normativas que, paralelamente, recogió el TRLSA tras la reforma operada por la Ley 26/2003, relativas al "deber de fidelidad" (art. 127 bis) y al "deber de lealtad" (art. 127 ter). En definitiva, uno y otro deber (que seguramente, dada su proximidad semántica, integran un único modelo general de conducta) se refieren a una obligación de lealtad al "interés social" entendido como "interés de la sociedad" (como actualmente establece el art 226 del TRLSC, al aludir, únicamente, al deber de lealtad). Se acoge así la teoría llamada *institucionalista* a la hora de definir el "interés social": los administradores deben actuar siempre en interés de la sociedad que administran, entendido como el interés de la empresa, no limitado al "interés de los socios".

El deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, se traduce, en términos de generalidad o de modelo de conducta, en la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que se es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros, de modo que 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.

12. La obligación de actuar con lealtad al interés de la sociedad presenta particular problemática en el fenómeno del **grupo de sociedades**. La cuestión que plantean supuestos como el presente es si el deber de lealtad del administrador de una de las sociedades integrantes del grupo debe referirse al "interés del grupo" como tal o al interés particular de la sociedad que administra dentro del grupo, admitido que realmente existe un "interés del grupo", como unidad empresarial con base subjetiva heterogénea, que pudiera ser la medida y criterio de actuación de los administradores de la sociedad dominante y de las dominadas o sometidas al poder unitario de dirección.

No cabe duda de que en la realidad del grupo empresarial o de sociedades pueden darse situaciones de conflicto entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, y de ahí que la doctrina que ha tratado la materia haya propuesto el mantenimiento de un equilibrio razonable entre aquél (el interés del grupo) y éste (el interés social particular de cada sociedad integrante o sometida) que haga posible el funcionamiento eficiente de la unidad empresarial y a la vez impida el expolio de las sociedades dominadas y la postergación innecesaria de su interés social, en defensa de los socios externos minoritarios. Ese equilibrio (al que alude la sentencia al referirse a la compensación de los perjuicios ocasionados por directrices o decisiones en interés del grupo con los beneficios obtenidos por esta misma circunstancia) puede lograrse con la exigencia de una compensación adecuada como instrumento de superación del daño que las instrucciones de la dirección del grupo pueda causar a una sociedad del mismo. Se ha dicho por ello que las concretas operaciones que resultan perjudiciales para una sociedad del grupo deben examinarse en función del conjunto de relaciones entre las sociedades del grupo.

En cualquier caso, no puede obviarse que 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.

SÉPTIMO. 13. A la vista de la incidencia que reconoce la sentencia al hecho de la pertenencia al mismo grupo empresarial, el recurso del Sr. Enrique se extiende en combatir que, en este caso, exista un "grupo". El argumento impugnatorio es que en este caso el entramado empresarial no encaja en la definición de grupo que ha terminado por acoger el art. 42 del Código de Comercio (tras la reforma por la Ley 16/2007, de 4 de julio).

Hay que advertir ante todo que la definición de **grupo de sociedades** que, con varias adaptaciones normativas, ha recogido el Código de Comercio es a los efectos de consolidación de cuentas, y aunque otras leyes, a sus respectivos efectos a la hora de definir el grupo, se remitan ahora, todas ellas, al art. 42 del CCom., no por ello debe limitarse el concepto de grupo, a cualesquiera efectos, al que adopta aquel precepto.

El reconocimiento de un grupo empresarial o de sociedades no se reduce al supuesto descrito por el art. 42 CCom., que asienta la noción de grupo en la relación de control o dominio que una sociedad (dominante) ejerce o puede ostentar sobre otra (dominada o dependiente).

14. Es común en la doctrina la concepción del **grupo de sociedades** con base en el criterio de "unidad de decisión" o de dirección unitaria, sin exclusividad en la fuente de ese poder, que puede surgir de una relación de jerarquía o subordinación de una sociedad a otra, porque ésta, por vínculos societarios (de participación social o de otras prerrogativas societarias) tuviere el poder de decisión en los órganos de gobierno (grupos



verticales o jerárquicos), o bien de otros vínculos, distintos del control o dominio, tendentes a establecer una unidad económica funcional, con un sustrato de unidad de decisión, conformando una unidad de dirección a través de los órganos de administración.

Este último fenómeno comprendería los grupos horizontales o por coordinación, no estructurados sobre varias sociedades sometidas a dependencia jerárquica, sino sobre la base de una relación de paridad entre las diversas sociedades que se coordinan.

En el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley 16/2007 (el ordenamiento anterior es, por razones temporales, la normativa aplicable al presente asunto), varias normas proporcionaban un concepto de grupo basado en dicho criterio de unidad de decisión que (como señalaba la STS de 29 de julio de 2005) podía provenir de la subordinación de una o varias sociedades a otra dominante (régimen jerárquico) o bien de vínculos de coordinación (régimen paritario).

Así, el art. 42 CCom ., tras la reforma por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, a los efectos de consolidación de cuentas, establecía que existe un grupo cuando varias sociedades constituyan "*una unidad de decisión*", que se presumirá que existe (apartado 2) "*cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única (...)*".

Se explica así un concepto de grupo entendido como aquella formación empresarial que, sobre la base de unas relaciones determinadas -contractuales, de participación, de directivos comunes- entre varias empresas formalmente independientes, establece una unidad de decisión y aglutina una unidad económica funcional; es decir, una definición que admite que la unidad de decisión que define el "grupo" se logre no sólo por vínculos societarios sino también por vínculos de coordinación.

15. Se dan en este caso esas circunstancias que permiten contemplar un **grupo de sociedades** (y el Sr. Enrique ocupó en él distintos cargos en ciertas sociedades), que se revela por la existencia de varias sociedades controladas todas ellas por el mismo socio mayoritario, y que, de hecho, como indica la sentencia, están sometidas a un poder de dirección único, que ejerce el socio de control (Sra. Evangelina) y los altos directivos.

16. Ahora bien; el sometimiento de una pluralidad de sociedades a ese poder de dirección unitario 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 ésta, 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 ésta, 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.

17. En el contexto del grupo apreciable en este caso, en el que una misma persona es socio mayoritario de control de todas las sociedades que lo integran, los socios externos al grupo de control, minoritarios de alguna de las filiales o sometidas, o de la dominante, pueden ver volatilizado el valor de su participación social, consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquéllos 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 aquélla, si no participan en la sociedad beneficiaria. Es el caso del Sr. Enrique , que por la razón que fuere, y es irrelevante a estos efectos, no participa en la sociedad francesa de nueva creación, beneficiaria del trasvase (la principal cartera de clientes) realizado sin compensación o contraprestación alguna para la sociedad española.

Pero, aparte del interés de ALPHASPRAY, y derivadamente de sus socios minoritarios no participantes en ACTISPRAY SRL, 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.

OCTAVO. 18. El resultado es que ALPHASPRAY pierde el mercado francés a partir de 2006; de obtener beneficios pasa a generar pérdidas y debe afrontar, por ella misma, por lo que parece sin ayuda ya del "grupo" (no se ha alegado ni acreditado ninguna contraprestación), la crisis derivada del desvío de su clientela francesa, principal fuente de ganancias, que da lugar a pérdidas en ese ejercicio y en los siguientes.



En la junta general de 30 de junio de 2009, en la que se aprueban las cuentas anuales de 2008, que reflejan un resultado negativo por 48.759 €, el Sr. Lorenzo, administrador único tras la renuncia del Sr. Jesús Carlos, indica, respondiendo a preguntas del representante del Sr. Enrique, que las medidas a adoptar para recuperar el nivel de facturación del período 2004/2005 serían acciones de marketing y la presencia en ferias para luchar contra la crisis, sin poder anunciar ayudas o compensaciones por parte de las demás sociedades del grupo dominado por COFIPAGUE y sus socios o directivos.

19. Al apartado de hechos probados debe añadirse, aunque resulta explícita o implícitamente de cuanto ha quedado expuesto en el plano fáctico, los siguientes datos:

a) El Sr. Jesús Carlos, administrador de ALPHASPRAY SL, socio de ACTISPRAY SRL y directivo con cierto grado de decisión y control en el grupo, 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 (nos remitimos a las declaraciones testificales e interrogatorios practicados en el juicio con el contenido que reseña la sentencia apelada).

b) La ejecución del acto lesivo para ALPHASPRAY (el efectivo trasvase de la clientela francesa) se llevó a cabo en Francia mediante la carta a la que se ha hecho mención y demás acciones en la página web de ALPHASPRAY (que desviaba hacia la de ACTISPRAY) y publicidad (documentos 10 y 11).

c) En la adopción y ejecución de esta decisión interviene decisivamente (tampoco se ha alegado ni acreditado lo contrario) el administrador solidario de ALPHASPRAY Sr. Jesús Carlos, que a su vez es socio de la sociedad beneficiaria, ACTISPRAY.

d) ALPHASPRAY sufre pérdidas en sus negocios y actividad como consecuencia del trasvase de clientela francesa, y correlativamente ACTISPRAY, desde el primer ejercicio de su actividad, alcanza una cifra de negocio y obtiene beneficios en cuantía similar a los que venía registrando ALPHASPRAY.

20. De cuanto se ha expuesto se constata, en definitiva:

a) Una actuación del administrador Sr. Jesús Carlos que ha causado un perjuicio a la sociedad que administraba, 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;

b) un perjuicio a ALPHASPRAY, que deja de vender y obtener beneficios por razón del desvío de la clientela francesa a esa otra sociedad; y

c) una evidente relación de causalidad entre aquella actuación y el perjuicio causado (la cuantía de éste es otra cuestión).

Tales son, en principio, los requisitos necesarios para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad.

NOVENO. 21. La sentencia absuelve al órgano de administración, en definitiva, por considerar que no se ha producido un perjuicio a ALPHASPRAY. Valora la operación de trasvase de clientela desde la perspectiva global de la pertenencia al grupo y estima que, por razón de haber recibido a título gratuito esta sociedad la cartera de clientes franceses de DNI, el perjuicio ulterior causado por la pérdida de la clientela francesa, cuando se decide la creación de una nueva sociedad domiciliada en Francia que se haría cargo de esa clientela, queda compensado con aquella ventaja originaria.

22. Tras la valoración de los elementos de prueba, a que nos obliga el recurso, no apreciamos acreditado el hecho básico que la sentencia toma en consideración para negar el perjuicio causado, es decir, que ALPHASPRAY se limitara a ser beneficiaria a título gratuito de una cartera de clientes franceses que le reportarán la ganancia obtenida en los años 2003, 2004 y 2005, sin esfuerzo comercial por su parte.

En primer lugar, no hay constancia fehaciente de la identidad y número de clientes traspasados por DNI a ALPHASPRAY en el momento de su creación ni con posterioridad, salvo los 14 clientes que refiere el recurso (extraídos de los documentos 11 a 52 de la contestación del Sr. Jesús Carlos). Tampoco de que DNI, a raíz de un trasvase de clientela, padeciera un descenso de su cifra de ventas, ni pérdidas consecuentes.

La sentencia apelada admite (nos parece que acertadamente, por ser lo que revela la prueba practicada) que la mayor parte de la clientela francesa de ALPHASPRAY no la aportó DNI, ya que el negocio de aerosoles era secundario en esta empresa; fue el Sr. Ovidio quien, al cerrar su empresa y ser contratado por ALPHASPRAY, aportó su cartera de clientes a ésta y originó con ello el *salto cuantitativo* de dicha sociedad (fundamento cuarto.4º; y, al respecto, testifical del Sr. Jose Daniel, de DNI, y de la Sra. Sabina).



A la demanda se adjuntó como documento 11 una copia impresa de la página web actual de ACTISPRAY (no impugnada) que refiere la actividad de ALPHASPRAY y expone que *"en el año 2003 [ALPHASPRAY] incorpora a su equipo Don. Ovidio , dedicado especialmente al sector desde hace más de 20 años. Gracias a sus conocimientos técnicos y comerciales, desarrolla de manera rápida y eficaz la cartera de clientes en Francia"* .

En este documento ACTISPRAY admite, por tanto, que ALPHASPRAY logró su propia cartera de clientes, o por lo menos una buena parte, lo que también resulta de la carta a la clientela francesa de fecha 8 de noviembre de 2005 (antes transcrita): *"ALPHASPRAY, creada en abril de 2003 en Barcelona, bajo la influencia de su Director Técnico Comercial Ovidio , 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.."* . Y el Sr. Jesús Carlos admitió en su declaración que la mayor parte de la clientela francesa de ALPHASPRAY fue aportada por el Sr. Ovidio .

El Sr. Ovidio pasaría a integrarse en ACTISPRAY al constituirse esta sociedad (como evidencia el documento adjunto a la carta a la clientela de 8 de noviembre de 2005), logrando así el trasvase de la clientela.

Estos datos revelan la creación de una clientela propia de ALPHASPRAY merced a la experiencia de un directivo comercial por ella contratado, al margen de que DNI pudiera contribuir con la aportación de cierta clientela en un inicio. No cabe descartar, por tanto, sino que lo confirma, un esfuerzo comercial propio de ALPHASPRAY para lograr las facturaciones obtenidas en los ejercicios de 2003, 2004 y 2005.

Las cifras de facturación de ALPHASPRAY revelan un importante incremento de la clientela durante 2004 (815.563 €, en contraste con los 301.097 € facturados en siete meses de 2003), lo que confirma una efectiva y progresiva captación de clientela por parte de los empleados de ALPHASPRAY, en particular, según parece, por el Sr. Ovidio , a partir de su creación.

Creemos que la sentencia va más allá de lo que evidencia la prueba practicada, pues no ha quedado probado que las ventajas iniciales de que pudiera haber sido beneficiaria ALPHASPRAY por la pertenencia al grupo compensen el perjuicio padecido de tal modo que el resultado sea inocuo o neutro.

23. Estimamos, por todo ello, la causación de un perjuicio: la clientela ganada durante los años 2003, 2004 y 2005, con esfuerzo de la propia empresa, constituía un activo intangible ("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, en favor de otra sociedad en la que no participan los mismos socios y que no se constituye como filial directa o inmediata de ALPHASPRAY, sin contraprestación, ha originado un perjuicio a esta sociedad e indirectamente a los socios que no conforman la nueva sociedad beneficiaria. A raíz del desvío de la clientela, ALPHASPRAY sufre pérdidas en los ejercicios de 2006, 2007 y 2008, sin haber logrado una recuperación de volumen de negocio en 2009 (como se puso de manifiesto en la junta general de 30 de junio de 2009).

DÉCIMO. 24. Hemos confirmado la conclusión de hecho de que el Sr. Enrique tuvo oportuno conocimiento de la creación de ACTISPRAY y de su finalidad de actuación (asumir la clientela francesa de ALPHASPRAY), pero no por ello queda deslegitimado para ejercitar la acción de responsabilidad, ni es apreciable un abuso de derecho o una actuación contra un estado fáctico y jurídico consciente y libremente creado por sus propios actos, tampoco un retraso desleal en su reacción judicial. Aunque la contestación a la demanda del Sr. Jesús Carlos se extienda en argumentar el conocimiento que tenía el Sr. Enrique de la creación de ACTISPRAY, no hay denuncia expresa de mala fe, abuso de derecho, de actuación contra los propios actos o retraso desleal, ni es estimable.

Si bien se le ofreció ser socio de ACTISPRAY, por las razones que fueran el Sr. Enrique no aceptó, y mantuvo negociaciones con el Sr. Luis Andrés para vender sus participaciones de ALPHASPRAY durante 2006 (por lo menos en mayo de ese año; documentos 59 a 62 de la contestación del Sr. Jesús Carlos). No se alcanzó un acuerdo por afianzarse la postura, contraria al Sr. Enrique , de adquirir sus acciones por su valor nominal.

En cualquier caso lo que en ningún momento se afirma (ni se ha probado por medio alguno) es que el actor interviniera en el acuerdo de constituir ACTISPRAY, ni en la ejecución del acto lesivo para ALPHASPRAY (el desvío de la clientela). La reacción judicial interponiendo la demanda en enero de 2009, cierto que tras el fracaso de las negociaciones para la venta de sus participaciones, no revela, como decimos, una actuación abusiva ni contraria a los propios actos.

DECIMOPRIMERO. 25. La demanda cuantifica la indemnización por los daños y perjuicios causados a la sociedad en el valor de la empresa al día 1 de enero de 2006, conforme al dictamen pericial que aporta, en el que, aplicando el método de valoración de descuento de flujos de caja, propone la suma de 1.691.584,79 €. De este modo, se atribuye a la actuación del órgano de administración el daño consistente en la pérdida, destrucción o eliminación de la empresa en el mercado.



No obstante, no es apreciable la relación de causalidad entre el comportamiento del órgano de administración y ese resultado o daño, ya que ALPHASPRAY no ha desaparecido del mercado a consecuencia del trasvase de la clientela francesa; por el contrario, sigue operativa en el mercado y conserva la clientela española. No cabe atribuir, por tanto, al acto lesivo un daño consistente en la pérdida del valor de la empresa.

26. A consecuencia del acto reprochado, ALPHASPRAY experimenta un descenso en su facturación del 84 % en el ejercicio de 2006, sin recuperar el nivel de ventas alcanzado en 2004 y 2005 durante los ejercicios siguientes.

La consecuencia indemnizatoria coherente y causalmente derivada de la conducta del órgano de administración que se ha declarado antijurídica y lesiva para la sociedad vendría representada por la pérdida de la ganancia que ALPHASPRAY venía obteniendo de la clientela francesa hasta el año 2006, en que tiene lugar el despojo. Una medida razonable para cuantificar esa ganancia dejada de obtener sería el beneficio del ejercicio obtenido por ACTISPRAY, que a partir de 2006 factura a la clientela francesa que antes lo era de ALPHASPRAY.

De las cuentas anuales aportadas por ACTISPRAY resulta que en el ejercicio de 2006, primer año de su actividad, obtiene un resultado de explotación positivo por importe de 130.452 €, y en el 2007 por importe de 178.303 €. La media de beneficio en estos dos ejercicios supone 154.377,5 €, cifra ésta en la que con criterio prudencial estimamos que debe quedar fijada la indemnización, en orden a restablecer el patrimonio de ALPHASPRAY por el desvío de su clientela francesa con la consiguiente pérdida de explotación. Estimamos que esa media aritmética cubre razonablemente la ganancia dejada de percibir, que no hay razón para prolongar durante sucesivos ejercicios o todos aquellos durante los cuales ACTISPRAY siga beneficiándose de dicha clientela, ya que es estimable que hubiera podido captarla por medios lícitos en el período de un ejercicio económico anual.

DECIMOSEGUNDO. 27. A tenor del art. 133.3 TRLSA no serán responsables los miembros del órgano de administración que prueben que no han intervenido en su adopción y ejecución y desconocían su existencia. Es el caso del Sr. Lorenzo pues, de acuerdo con lo que revela la prueba practicada (si bien con dudas de hecho), no participó en la decisión de crear ACTISPRAY, no fue informado de su composición social, es 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 prueba practicada pone de manifiesto que el Sr. Lorenzo no desempeñaba ninguna función comercial o de ventas, sino que (dada su nacionalidad española y su residencia en España) se limitaba a dar cumplimiento en ALPHASPRAY a la normativa mercantil española (convocando juntas, preparando las cuentas anuales, etc.), sin capacidad de decisión alguna en la estrategia comercial o en la actividad económica de dicha sociedad.

El propio actor, Sr. Enrique, manifestó en las diligencias penales seguidas ante el Juzgado de Cerdanyola que el Sr. Lorenzo *no tenía una capacidad determinante para tomar decisiones*, y que quien sí la tenía era Jesús Carlos (documento 3 de la contestación del Sr. Lorenzo), lo que confirmó en su declaración admitiendo que Lorenzo no tenía ninguna capacidad de decisión en ALPHASPRAY.

Así mismo, el Sr. Luis Andrés, en su declaración testifical, afirmó que el Sr. Lorenzo no participó en la decisión de crear ACTISPRAY (fue una decisión de los socios franceses), y que no informó al Sr. Lorenzo de que el Sr. Jesús Carlos era socio de esta sociedad; concluyó indicando que el Sr. Lorenzo no conocía a los accionistas de ACTISPRAY.

Por su parte, el Sr. Jesús Carlos confirmó estos extremos en su declaración. Manifestó que el Sr. Lorenzo no se ocupaba de la actividad comercial de ALPHASPRAY ni tenía capacidad de decisión comercial, así como que no participó en la decisión de crear ACTISPRAY.

No hay constancia alguna, por último, de que el Sr. Lorenzo interviniera en la ejecución del trasvase de clientela ni que, oportunamente informado, hubiera prestado su colaboración.

DECIMOTERCERO. 28. Procede por todo ello la condena del Sr. Jesús Carlos al pago de la cantidad de 154.377,5 € en concepto de indemnización a ALPHASPRAY S.L., que devengará el interés a que se refiere el art. 576 LEC.

29. Al ser estimada en parte la demanda frente al Sr. Jesús Carlos no cabe imponer las costas (art. 394.2 LEC).

30. La desestimación de la demanda frente al Sr. Lorenzo no ha determinar, sin embargo, la imposición de las costas a la parte actora de acuerdo con la regla general del vencimiento, ya que son estimables serias dudas de hecho respecto del puntual conocimiento que el Sr. Lorenzo pudo adquirir de la decisión de traspasar la clientela y de su ejecución, sin que manifestara su oposición.

31. No procede imponer las costas en esta instancia al ser estimado en parte el recurso (art. 398.2 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación



FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Enrique 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 Jesús Carlos 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. 576 LEC . Sin imposición de costas.

Absolvemos a Lorenzo de los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de las costas.

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

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILMO. MAGISTRADO SR. D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 260 LOPJ Y 205 LEC ; VOTO PARTICULAR DISIDENTE EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO EN CUANTO AL CODEMANDADO Jesús Carlos .

La jurisprudencia declara que la diferencia entre la acción social de responsabilidad contra los administradores y la acción individual (art 135 LSA) radica en que la primera tiene por objeto restablecer el patrimonio de la sociedad y mediante la segunda se pretende reparar el perjuicio directo al patrimonio de los socios o terceros (STS de 23 de marzo de 2006 , entre otras muchas). La función esencial de la acción social es, pues, restablecer el patrimonio de la sociedad. La acción social de responsabilidad se funda en (i) la ejecución por el administrador o administradores de una conducta, positiva u omisiva, (ii) en el ejercicio de su cargo que (iii) comporte una lesión para el patrimonio social y tenga carácter antijurídico, por ser contraria a la ley o a los estatutos o consistir en el incumplimiento de los deberes impuestos legalmente a los administradores.

Sobre el segundo de los requisitos (ii), el de que la acción u omisión se desarrolle por el administrador o administradores precisamente en concepto de administradores, la STS 23 de diciembre de 2011 recuerda un aspecto de la doctrina del tribunal acerca de la acción de responsabilidad examinada que no debe perderse de vista en el caso ya que "un comportamiento de los administradores que, con independencia de los deberes que a nivel interno les impone hoy la Ley de Sociedades de Capital y antes el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, rebasa holgadamente los límites de la buena fe exigible no solo en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 del Código Civil) sino también en el desarrollo de las relaciones jurídicas en general" determina su responsabilidad, tanto se ejercite la acción del art 134 como la del art. 135, ambos de la LSA . En nuestro caso no se observa que los administradores demandados estén en ese supuesto, esto es, no se ha revelado una conducta que haya rebasado los límites de la buena fe y haya causado un perjuicio al patrimonio social.

Ahora bien, la creación de ACTISPRAY (acto que, según la parte demandante, originó el daño que se dice causado en el patrimonio social) no fue un acto, acción u omisión, realizado por el (s) administrador (s) en cuanto tal (s), es decir, en calidad de administrador de la sociedad y como tal imputable. Se trató de una decisión adoptada por la dirección del grupo DNI del que forma parte ALPHASPRAY y del que también forma parte ACTISPRAY.

La sentencia de primera instancia señaló que las dos referidas sociedades operaban en un marco de dirección unitaria dentro del grupo francés de sociedades denominado DNI que, a su vez, dependía de la sociedad matriz Cofipague International.

La existencia de una unidad de dirección en el grupo es reconocida por el propio actor en la prueba del interrogatorio en juicio, por los codemandados y por los testigos Sres. Luis Andrés , Evangelina y Jose Daniel . El actor en la prueba de interrogatorio vino a reconocer que las decisiones importantes provenían de la cúpula directora del grupo (Cofipague) ya que fue precisamente al Sr. Luis Andrés (director general de Cofipague) a quien se dirigió cuando se le propuso la venta de sus participaciones en ALPHASPRAY.

La unidad de dirección se manifestaba en la financiación, planificación comercialización y política social comunes entre las sociedades integrantes del grupo. Así tanto el recurrente como los codemandados ocuparon diversos cargos en distintas sociedades del grupo. El actor, en concreto, fue gerente de la sociedad



Fisa Compact y director general de DNI. También se compartían las sedes sociales y se cedían activos entre las sociedades integrantes del grupo (doc. num. 55 de la contestación del codemandado Jesús Carlos), cesión de trabadores y de la clientela. Consta acreditada la existencia de sucesivos traspasos de clientes y de trabajadores, primero de la sociedad DNI a ALPHASPRAY y luego de ésta a ACTISPRAY (docs. núms. 4 a 9 de la contestación del codemandado Sr. Jesús Carlos). También consta que la oficina comercial de Alphaspray en Francia estaba situada en el mismo domicilio de DNI (Zai du Petit Parc, en la localidad de Ecquevilly). Las sociedades FISA Ibérica, Química DNI y Alphaspray compartían la misma sede social en Cerdanyola del Vallés y la citada oficina comercial de Alphaspray, en Petit Parc en Ecquivilly (Francia), dirección en la que también se hallaba establecida la sociedad DNI Francia. Tal unidad se ejercía por Copifague a través del Sr. Millán y, tras su fallecimiento por su viuda y por el Sr. Luis Andrés .

*En realidad los administradores cumplieron las directrices marcadas por la sociedad francesa matriz en la que se decidió un traspaso de la clientela del mercado francés a la sociedad francesa recientemente creada, lo que obedeció a una decisión de índole fiscal, como pone de manifiesto el doc. núm. 58 de la contestación del codemandado Jesús Carlos y la declaración del testigo Sr. Arcadio , asesor jurídico de la referida sociedad. Si la propia creación de ALPHASPRAY obedeció a un interés del grupo para llevar a cabo su expansión comercial de una determinada forma, el traslado de la clientela francesa a una nueva sociedad francesa creada al efecto obedece también a al interés del **grupo de sociedades**. Es importante resaltar que el actor en su interrogatorio admitió que, en su día, DNI y Química DNI cedieron la parte de cartera de clientes franceses a ALPHASPRAY informando a los clientes de dicho cambio. Es decir que en la propia constitución de ALPHASPRAY se utilizó dentro del grupo el mismo método para el trasvase de clientas de una a otra, obedeciendo las estrategias de grupo.*

No se ha acreditado que la creación de ACTISPRAY sea un acto adoptado por los demandados en su condición de administradores de ALPHASPRAY y como tal a ellos imputable. La decisión de crear dicha sociedad vino marcada, como hemos dicho, por una decisión de estrategia empresarial que tutelaba los intereses del grupo y que fue adoptada en el seno de la dirección de Copifague. Luego la decisión adoptada por la sociedad matriz fue una consecuencia de que, fiscalmente, convenía la creación de una sociedad en Francia para explotar ese segmento del negocio del grupo (doc. núm. 57 de la contestación del codemandado Sr. Jesús Carlos). En este sentido, la creación de ACTISPRAY no fue un acto adoptado por los administradores de ALPHASPRAY sino por la dirección de la sociedad matriz lo que no permite imputar la responsabilidad pretendida, con base al art. 134 LSA , a los demandados. De ahí que, en mi opinión, el recurso debía haberse desestimado íntegramente.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, celebrando audiencia pública. Doy fe.