

Roj: **STS 5151/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5151**Id Cendoj: **28079110012015100666**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/12/2015**Nº de Recurso: **2141/2013**Nº de Resolución: **695/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 8, 28-10-2011,**  
**SAP B 7246/2013,**  
**STS 5151/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Augusto , representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> María Carmen Palomares Quesada y asistido por el letrado D. José Juliá Nicolás, contra la sentencia núm. 264/2013 dictada el veintiuno de Junio de dos mil trece por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 73/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 81/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, sobre **responsabilidad** de los **administradores**. Ha sido parte recurrida D. Evaristo , representado ante esta Sala por el procurador D. José Luis Pinto Marabotto y asistido por el letrado D. Joaquín Verdú Jouanneau.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### 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. 576 LEC . 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 15ª), en el rollo de apelación nº 73/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 81/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 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 (Ecquevilly), por lo que la administración tributaria francesa podía considerar que tenía 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, 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. 65 LSRL, 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. 65 LSRL, 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 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.

4.- El demandante apeló la sentencia de primera instancia, si bien cibió 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 15ª, 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.

#### **FALLAMOS**

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Augusto contra la sentencia núm. 264/2013 de fecha veintiuno de junio de dos mil trece, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, en el recurso de apelación núm. 73/2012.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.