



El deber de lealtad de los administradores sociales en caso de grupos de sociedades: STS, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2015

Autor/a

Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada especialista por el CGPJ en Asuntos propios de lo Mercantil

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 5

Páginas 21-27

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

El artículo 227 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC), dentro del Capítulo III (“De los deberes de los administradores”), del Título VI (“La administración de la sociedad”) recoge, a modo de cláusula general, el deber de lealtad de los administradores sociales, disponiendo que “1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.”. En el apartado 2 señala las consecuencias que se asocian a la infracción del deber de lealtad que “determinará no sólo la

obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”.

En el artículo 228 de la misma ley se concretan las obligaciones básicas del deber de lealtad.

En particular, el precepto se refiere a las siguientes obligaciones:

“a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”.

Ambos preceptos de la LSC fueron objeto de reforma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo, siguiendo las indicaciones de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, que fructificaron en el Informe de 14 de octubre de 2013 (que puede consultarse en la página web de la CNMV).

En particular, y en lo que atañe al deber de lealtad, el Informe señala que “la Comisión

de Expertos considera que es urgente y necesario reforzar el régimen del deber de lealtad actualmente contemplado en el artículo 226 de la LSC, con el fin de subsanar ciertas insuficiencias que se han advertido en su regulación: (i) en la tipificación y sistematización de las conductas desleales; (ii) en la identificación de los destinatarios de los deberes de lealtad; (iii) en el volumen de las sanciones aplicables; y (iv) en los cauces previstos para exigir las correspondientes responsabilidades. De este modo, se contribuirá a incrementar la eficacia de este capítulo fundamental de la regulación societaria tanto en el plano de la orientación de las conductas como en el plano sancionatorio, todo ello en línea, también, con algunas indicaciones de la PCM. En particular, además de consignar una fórmula más adecuada para el deber genérico, parece preciso, en primer lugar, ordenar y describir adecuadamente las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad, completando el catálogo actual — sobre en todo en materia de conflictos de interés— con base en la experiencia doctrinal y comparada, así como reglamentar adecuadamente el régimen de dispensa de las prohibiciones; en segundo lugar, es conveniente extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen también los denominados administradores ocultos; en tercer lugar, se debe ampliar el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción (se trata de una vieja previsión ya contenida en el Código de Comercio para algunos casos paradigmáticos de violación del deber de lealtad, que ahora se generaliza a todos los supuestos)” - folios 38 y 39 del citado Informe-.

La LSC no ofrece un concepto del deber de lealtad del administrador.

La doctrina (JUSTE MENCÍA, J., en Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014), Civitas, Editorial Thomson Reuters, página 363) lo define de la siguiente manera: “El deber de lealtad de los administradores les obliga a procurar el mejor interés de la sociedad en todo momento. Debe anteponerlo, por lo tanto, a cualesquiera otros intereses y, en particular, a los personales del administrador”.

Dicho esto, ¿qué ocurre en el caso de que la sociedad gestionada por el administrador forme parte de un grupo? ¿A qué debe el administrador de la filial lealtad, a la sociedad que gestiona o al grupo del que aquélla forma parte?

Esta es la situación cuyo examen aborda la STS, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2015 (Ponente Sr. Sarazá Jimena).

Los datos fácticos relevantes para la resolución de la litis planteada se recogen, como antecedentes del caso, en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia en los términos que a continuación se exponen:

“(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 (LA LEY 3308/1989) (en lo sucesivo, TRLSA (LA LEY 3308/1989)), a los que remitía el art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LA LEY 1210/1995) (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 (LA LEY 14030/2010) (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 LSR, por infracción de la prohibición de competencia.”

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil 8 de Barcelona dictó sentencia por la que desestimaba la demanda, pues, en síntesis, entendió que los administradores demandados habían actuado acatando una decisión del grupo al traspasar la clientela de Alphaspray a Actispray y aunque tenían el deber de velar por los intereses sociedad que administraban, por encima de los intereses del grupo, el juzgador no apreció responsabilidad en su actuación al no advertir perjuicio en una valoración de conjunto.

Formulado recurso de apelación respecto de la decisión de desestimación de la acción de exigencia de responsabilidad de los administradores sociales, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso, señalando que el deber de lealtad que se impone a los administradores se refiere a la sociedad que administran, no a otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, ni a otros intereses formalmente ajenos y, en el caso concreto, consideró que concurría una actuación del administrador demandado que causó un perjuicio a la sociedad que gestionaba, Alphaspray, incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, particulamente, el deber 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.

Frente a la Sentencia de segunda instancia, se interpuso recurso de casación, concluyendo el Tribunal Supremo que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial fue la correcta.

Indica el ponente que “El deber de actuar como 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 a llamar “interés de grupo”.

Recuerda el Alto Tribunal que “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 sólo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés de grupo, y coordinado por 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 dero-

ga 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 (...).

Y concluye diciendo que, en el seno de un grupo de sociedades, caso existir conflicto entre el interés de grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deberá buscarse el equilibrio adecuado entre ambos intereses, de modo 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 proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales”.

Deberán ponderarse, en definitiva, todas las circunstancias concurrentes, que podrán ser coetáneas, anteriores o posteriores, para determinar si la actuación del administrador de la sociedad filial entraña para la entidad que administra, y a la que debe ser leal, un perjuicio patrimonial (in)justificado (utilizando los términos que emplea el Tribunal Supremo, en sede de concurso de acreedores, para analizar los actos del concursado sujetos a reintegración) que pueda ser determinante de su

responsabilidad por infracción del deber de lealtad.