



# EMPRESA Y EMPRESARIO

## La responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades: reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015

PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

*Catedrático Acreditado de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla*

### FICHA TÉCNICA

**Resumen:** *La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 aborda la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital que forman parte de grupos de sociedades. No pasará desapercibida entre las que conforman el acervo jurisprudencial sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades integradas en grupos de sociedades, pues podría suponer un cambio sustancial en la forma de interpretar el conjunto del sistema de la responsabilidad de aquéllos. En las páginas que siguen se profundizará, previa referencia a los antecedentes del fallo y a los aspectos generales del régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores, en la interpretación que el Alto Tribunal realiza de la doctrina de las ventajas compensatorias y en su aplicación al caso práctico concreto.*

**Palabras clave:** Responsabilidad de administradores - grupos de sociedades - ventajas compensatorias

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (1) aborda la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital que forman parte de grupos de sociedades. La inexistencia de una disciplina concreta sobre la materia obliga a realizar una interpretación de los arts. 236 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), teniendo en cuenta los distintos intereses que pueden confluir en los grupos de sociedades y las particularidades de las operaciones entre sociedades del mismo grupo. La referida resolución no pasará desapercibida entre las que conforman el acervo jurisprudencial sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades integradas en grupos de sociedades, pues podría suponer un cambio sustancial en la forma de interpretar el conjunto del sistema de la responsabilidad de aquéllos.

La citada resolución carece de un análisis exhaustivo de la estructura del grupo de sociedades que pueda justificar, de un modo más consistente, los fundamentos del fallo. Así, se nos presenta un conjunto de sociedades en el que el control lo ejerce una persona física, que tiene una participación mayoritaria, directa o indirecta, en tales sociedades. La dirección unitaria no se ejerce ni por dicha persona física ni por la sociedad que, a su vez, controla a la mayoría de las sociedades del grupo (que, se afirma, constituyen varios subgrupos), sino que se hace referencia a una dirección unitaria de hecho ejercida por otra de las sociedades del grupo. No se aclara si se trata de un grupo jerarquizado ni si la dirección unitaria se ejerce de forma estable.

En nuestra opinión cualquier sentencia que aborde la problemática de la responsabilidad de los administradores de sociedades filiales debe, al menos, exponer con claridad, de una parte, si las sociedades constituyen un grupo centralizado o jerarquizado o un grupo descentralizado o por coordinación; y, de otra, cuáles son los intereses dignos de protección en ese concreto grupo de sociedades, pues, dependiendo de su estructura, los intereses concurrentes serán unos u otros. En particular, la presencia de socios externos y de acreedores de sociedades filiales cuyos créditos no estén suficientemente garantizados. En el presente caso no parece que se trate de un grupo fuertemente centralizado, pues no estamos en presencia de un ejercicio dictatorial de la dirección económica unitaria. Esta situación es muy trascendente, ya que relativiza el argumento, a favor de la exoneración de responsabilidad, de que los administradores de las sociedades filiales no deciden por sí mismos sino que todo les viene impuesto por los administradores de la sociedad matriz.

Sin duda el valor jurídico de la resolución judicial que comentamos reside en la profundización en la doctrina de las «ventajas compensatorias», desconocida en el Derecho societario español hasta que se redactó el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. En las páginas que siguen se profundizará, previa referencia a los antecedentes del fallo y a los aspectos generales del régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores, en la interpretación que el Alto Tribunal realiza de la doctrina de las ventajas compensatorias y en su aplicación al caso práctico concreto.

## II. COMENTARIO

### 1. Hechos relevantes

ALPHASPRAY, S.L. es una sociedad española, constituida en marzo de 2003, con oficina en Francia, que concentra la parte más relevante de sus ventas en el mercado francés. Su capital social está distribuido del siguiente modo: D.<sup>a</sup> Nieves posee el 51%, D. Augusto el 25%, D. Evaristo el 20% y D. Nazario el 4%. Además, el órgano de administración está integrado por dos administradores solidarios, que son D. Augusto y D. Nazario.

Es necesario poner de relieve que, desde su constitución, la facturación y los beneficios de dicha sociedad fueron aumentando progresivamente en el período 2003 a 2005, produciéndose un descenso muy acusado, incluso generando deudas, a partir del ejercicio económico 2006, por las razones que se indicarán más adelante.

En noviembre de 2005, por motivos principalmente fiscales, ya que, como se ha advertido, ALPHASPRAY desarrolla su objeto social mayoritariamente en el mercado francés, tres de sus cuatro socios (pues D. Evaristo decidió no formar parte del nuevo proyecto) decidieron constituir una nueva sociedad, ésta de nacionalidad francesa, denominada ACTISPRAY, SRL. Como datos a tener especialmente en consideración con respecto a esta última entidad han de mencionarse los siguientes: 1.º) Su objeto social es prácticamente idéntico al de ALPHASPRAY; 2.º) Su domicilio social coincide con el de la oficina de ALPHASPRAY en Francia; 3.º) Sus socios son D. Augusto, que posee el 36% del capital social y COFIPAGUE INTERNATIONAL (en adelante, COFIPAGUE), que compró el 64%, siendo el representante persona física de esta última sociedad D.<sup>a</sup> Nieves (socia mayoritaria de ALPHASPRAY); 4.º) El administrador único es D. Carlos Miguel (también Director General de COFIPAGUE); y 5.º) Sus clientes coinciden básicamente con los clientes franceses de ALPHASPRAY, pues se produjo un trasvase de dicha cartera a favor de ACTISPRAY, hasta el punto de que, en su primer año de

funcionamiento, la sociedad francesa facturó ventas por un importe similar al que estaba facturando ALPHASPRAY, la cual, lógicamente, sufrió un descenso de facturación del 84%, acumulando pérdidas a partir del ejercicio 2006. Esta situación «perjudicial» para ALPHASPRAY se repitió durante los ejercicios económicos de 2007 y 2008.

A principios del año 2006 D. Evaristo, socio de ALPHASPRAY y sin participación en el capital social de ACTISPRAY, trató, sin éxito, de vender sus participaciones de ALPHASPRAY. Durante ese mismo año fue despedido como Director General de DNI Francia, sociedad perteneciente al mismo grupo que todas las sociedades anteriormente citadas, pasando a prestar sus servicios, sin solución de continuidad, a sociedades competidoras.

El 30 de junio de 2008 se celebró Junta General de ALPHASPRAY, en la que D. Evaristo propuso que se debatiera sobre el ejercicio de una acción social de responsabilidad contra los dos administradores solidarios (D. Augusto y D. Nazario), propuesta que fue rechazada. Tras ello, D. Evaristo interpuso demanda contra tales administradores, en la que acumuló dos acciones: de un lado, una acción social de responsabilidad, por infracción de los deberes de lealtad y fidelidad, por los daños y perjuicios, valorados en 1.691.584,19 Euros, derivados del trasvase de clientela desde ALPHASPRAY a la sociedad ACTISPRAY; y, de otro, una acción de separación de administradores, por infracción de la prohibición de competencia. Es necesario precisar que el régimen jurídico aplicable en ese momento eran el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 133 y 134 TRLSA) y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 65 LSRL), ambos textos derogados tras la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número Ocho de Barcelona, de 28 de octubre de 2011, dictada en primera instancia, desestimó la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales causadas al codemandado D. Nazario. El fallo, que subraya sobremanera el hecho de que las conductas generadoras de responsabilidad o que pudieran ser causa de separación de los administradores han de ser valoradas teniendo en cuenta la pertenencia de la sociedad ALPHASPRAY a un grupo de empresas, se funda, primordialmente, en los siguientes argumentos: 1.º D. Evaristo, parte demandante, decidió voluntariamente no formar parte de los socios de ACTISPRAY, pues prefirió independizarse para ejercer la misma actividad a través de sociedades competidoras; 2.º D. Augusto y D. Nazario, codemandados, actuaban como administradores de una sociedad filial y ejecutaron una «decisión del grupo», consistente en traspasar la clientela de ALPHASPRAY a la entidad ACTISPRAY; 3.º Es consustancia al grupo de sociedades la existencia de órdenes perjudiciales para una sociedad del grupo en interés del propio grupo o de otra sociedad filial; 4.º Los perjuicios que una sociedad filial pueda sufrir por dichas órdenes no son indemnizables, si se pueden compensar con los beneficios que también haya podido obtener lucrándose con las sinergias que proporciona el grupo (teoría de las ventajas compensatorias); 5.º El resultado de las operaciones entre sociedades del grupo fue inocuo para ALPHASPRAY; 6.º El perjuicio para el socio externo de la sociedad filial (D. Evaristo) se puede compensar con otras ventajas derivadas de decisiones del grupo (2).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 21 de junio de 2013 (3), estimó parcialmente la demanda y condenó a D. Augusto a indemnizar a la sociedad ALPHASPRAY en la cantidad de 154.377,5 Euros (sólo se recurrió en lo concerniente a la acción social de responsabilidad contra los administradores, no hubo imposición de costas y fue absuelto D. Nazario). Esta resolución se fundó, principalmente, en los siguientes motivos: 1.º D. Augusto incumplió el deber de lealtad al interés de la sociedad que administraba, al adoptar y ejecutar la decisión de traspasar la clientela francesa de ALPHASPRAY a una nueva sociedad (ACTISPRAY) de la que también era socio; 2.º En los grupos de sociedades son dignos de protección los intereses de los socios minoritarios externos al grupo de control (pues no ven compensada la pérdida de la sociedad filial con los beneficios de la sociedad beneficiaria, si no participan en ésta) y los intereses de los acreedores de la sociedad filial desfavorecida por la decisión del grupo (que ven mermadas sus expectativas patrimoniales frente a su deudora sin ninguna garantía ofrecida por la sociedad beneficiaria); 3.º El deber de lealtad que se impone a los administradores se refiere al interés de la sociedad que administran; no a otros intereses ajenos ni al de otras sociedades, aunque pertenezcan al mismo grupo; 4.º El interés del grupo puede explicar la decisión y ejecución de un acuerdo o acto lesivo para la sociedad filial, pero no exonera por principio a los administradores ejecutantes; 5.º ALPHASPRAY sí sufrió un perjuicio económico que no se compensó y que afectó indirectamente a los socios que no conformaban la nueva sociedad beneficiaria del trasvase de la clientela (ACTISPRAY); y 6.º Del daño económico debe responder exclusivamente D. Augusto, pues D. Nazario no participó en la decisión de crear ACTISPRAY, era ajeno a ella (pues no era socio) y no intervino ni ejecutó el acto lesivo, el desvío de la clientela, el cual se llevó a cabo en Francia.

Es digno de mención el hecho de que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona contara con el voto particular de uno de los Magistrados, quien compartía el fallo de la primera instancia y, por consiguiente, la desestimación completa de la demanda.

Por último, D. Augusto (el único administrador solidario condenado) interpuso recurso de casación, que se fundó en dos

motivos, que el Alto Tribunal resuelve conjuntamente: 1.º) En la interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 133 y 134 TRLSA; y 2.º) En la infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 42 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial relativa al concepto de grupo empresarial o grupo de sociedades (entre otras, las sentencias del TS de 29 de julio de 2005, 12 de abril de 2007 y 30 de mayo de 2013).

## **2. Consideraciones generales sobre la responsabilidad de los administradores. Apuntes sobre el régimen previsto para los grupos de sociedades en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil**

La LSC regula los presupuestos, la extensión subjetiva y el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. También prevé los tipos de acciones para su exigibilidad y el plazo de prescripción de las mismas (arts. 236 a 241 bis LSC). Como es lógico, dado que el Derecho español vigente carece de una regulación específica sobre los grupos de sociedades, se trata de un régimen jurídico concebido para la sociedad aisladamente considerada, dato muy relevante para interpretar el sistema de responsabilidad de los administradores en su conjunto. Por otra parte, dicha disciplina ha de ser completada con otras normas, especialmente los arts. 225 a 232 LSC, que regulan los deberes de los administradores.

Con carácter general los administradores responden de los daños que causen por los actos u omisiones contrarios a la ley, o a los estatutos sociales o que infrinjan los deberes inherentes al desempeño del cargo. Es una responsabilidad por culpa, que se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

Una de las novedades más importantes del régimen de responsabilidad de los administradores ha sido la ampliación del ámbito subjetivo, pues no sólo se aplica a los administradores de derecho sino también a los administradores de hecho, a la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad (cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo de administración) y a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica. Tal ampliación, por lo que a los administradores de hecho se refiere, ha tenido su repercusión en la disciplina de los grupos de sociedades, pues se plantea la posibilidad de considerar que la propia sociedad matriz (o sus administradores) actúan como administrador de hecho en las sociedades filiales.

Por ello, merece especial atención la disciplina contenida en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (arts. 291-1 a 291-37 ACM), pues, sin duda, la sentencia del TS que comentamos está inspirada, aunque no se diga expresamente, en la regulación proyectada. De hecho, la tesis de las ventajas compensatorias es una absoluta novedad, que no tiene precedentes en la LSC actual, aunque sí en otros Ordenamientos jurídicos, como el americano, el alemán o el italiano, que cuentan con una normativa específica sobre los grupos de sociedades y los intereses dignos de protección en las sociedades que los integran.

El art. 291-12 ACM legitima activamente a cualquier socio de la sociedad dependiente (incluida la sociedad matriz, aunque por lo que se expondrá a continuación no parece una hipótesis probable) para ejercer la acción de responsabilidad (hay que entender que es la acción social, pues la norma específica que se ha de ejercer en defensa del interés social y por un perjuicio causado a la propia sociedad dependiente) contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente, legitimación que extiende a cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad (reproduciendo, casi literalmente, el art. 240 LSC).

Este supuesto de responsabilidad, por «instrucciones perjudiciales», constituye una absoluta novedad respecto al Derecho de Sociedades en vigor (4). Es cierto que conforme a la disciplina establecida por la LSC el socio puede ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores de derecho y de hecho, categoría esta última en la que se pueden encuadrar a la sociedad dominante y a sus administradores (5). Pero el supuesto del art. 236 LSC requiere acreditar la cualidad de administrador de hecho de la sociedad matriz o de sus propios administradores, concepto que la jurisprudencia ha ido configurando a falta de una noción explícita en el Ordenamiento jurídico español (6).

La disciplina proyectada supone un reconocimiento expreso de la posibilidad de que tanto la sociedad dominante como sus administradores puedan incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ciertas instrucciones impartidas desde la sociedad matriz puedan causar a la sociedad dependiente. A falta de una norma como la del art. 291-12 ACM, se han producido varios hitos importantes en materia de responsabilidad de administradores de las sociedades del grupo: 1.º) Se ha regulado la responsabilidad de la sociedad matriz por efecto del control ejercido sobre otras sociedades del grupo en materia de competencia (art. 61.2 de la Ley 15/2007, de 31 de julio, de Defensa de la Competencia); 2.º) Se ha admitido, con carácter general, la responsabilidad de los administradores de las sociedades dependientes que causan daños a éstas a consecuencia de la ejecución de instrucciones que reciben de la sociedad dominante (ex arts. 236 a 241 LSC). El hecho de que los actos dañinos vengan impuestos por la matriz no exonera a los administradores de las sociedades dependientes de responsabilidad (7); 3.º) Se ha sostenido la posibilidad de que los socios externos puedan exigir responsabilidades a la sociedad matriz y a sus administradores ejerciendo una acción de indemnización por los daños y perjuicios causados por el ejercicio de la dirección

unitaria sobre la sociedad dependiente (art. 1.902 C.C) (8) ; 4.º) Se ha ido asentando doctrinalmente la posibilidad de que los socios externos funden su reclamación en el deber de fidelidad del socio de control y en la doctrina de los administradores de hecho (mediante una interpretación amplia de los arts. 1.258 CC y 236 LSC) (9) , entendiendo que la propia sociedad matriz y sus administradores son administradores de hecho de las sociedades dependientes del grupo, lo cual es más notorio en los grupos centralizados, en los que la matriz sea el socio único o muy mayoritario en las sociedades dependientes y cuando los órganos de administración sean idénticos en la sociedad matriz y otras sociedades del grupo (10) .

Para delimitar el régimen de la responsabilidad configurada por el art. 291-12 ACM es necesario ponerlo en relación con otros preceptos que regulan el «ejercicio del control y de la responsabilidad». Así, hay que partir de una premisa fundamental: los administradores de la sociedad dominante tienen la facultad de impartir instrucciones perjudiciales para la sociedad dependiente, si tales instrucciones interesan al grupo de sociedades (art. 291-9 ACM). Es decir, se reconoce explícitamente la existencia de un interés, el del grupo, superior a los intereses particulares de cada una de las sociedades que integran el grupo. Surge así un nuevo concepto «interés del grupo» que recuerda, en gran medida, por su difícil concreción, a la noción de «interés social», cuya equiparación con el interés del grupo mayoritario o de control de la sociedad se ha discutido mucho.

Consiguientemente, es lícito que los administradores de la sociedad dominante impartan instrucciones perjudiciales a los administradores de las sociedades dependientes, si aquéllas se dictan en interés del grupo (11) . Además, para que ciertas instrucciones se puedan calificar como «perjudiciales», se requiere tener en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que la pertenencia al grupo tenga para la sociedad dependiente cuyos administradores han ejecutado dichas instrucciones (12) . En otros términos, la norma exige una valoración de conjunto y no particularizada del perjuicio derivado de una o varias instrucciones concretas (art. 291-10 ACM). Y, en ningún caso, las instrucciones pueden infringir la Ley o los estatutos de la sociedad filial o poner en riesgo su solvencia.

Teniendo en cuenta las premisas expuestas, si una vez valorados el conjunto de las ventajas y desventajas que le reporta su pertenencia al grupo, puede afirmarse que la sociedad dependiente ha sufrido un perjuicio a consecuencia de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad matriz, aquélla habrá de ser compensada por la propia sociedad dominante en el plazo máximo de un año, para cuyo cómputo se distinguen dos situaciones: a) si el perjuicio fuera objetivamente previsible, se contará desde la fecha en la que se impartió la instrucción perjudicial (art. 291-11.1 ACM); b) si el perjuicio no fuera objetivamente previsible, aunque la norma no diga nada al respecto, habrá de entenderse que el plazo empezará a contar desde que se haya verificado la existencia del perjuicio, una vez realizada la valoración del conjunto de las ventajas y desventajas de la pertenencia de la sociedad dependiente al grupo.

Tanto la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente por la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante cuanto las condiciones de la compensación habrán de reflejarse en el informe de gestión de la sociedad dependiente (art. 291-11.2 ACM).

Es necesario subrayar que la compensación ha de satisfacerla la sociedad dominante siempre que concurren tres requisitos: 1) que el perjuicio derive de las instrucciones impartidas por los administradores de la matriz a los de la sociedad dependiente; 2) que las instrucciones perjudiciales se hayan dictado en interés del grupo y que no sean contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni pongan en riesgo la solvencia de ésta (art. 291-9.2 ACM) (13) ; 3) que el perjuicio causado a la sociedad dependiente por las instrucciones no se haya compensado con el conjunto de las ventajas y desventajas que le reporta la pertenencia al grupo de sociedades (que, a su vez, se regula también como uno de los supuestos que dan lugar al ejercicio por el socio externo del derecho de separación ex art. 291-17 ACM).

Sobre la base de los requisitos anteriores, se regula un supuesto de responsabilidad, denominada «responsabilidad por instrucciones perjudiciales», al que resultan de aplicación los requisitos generales establecidos en el art. 236 y ss. LSC (arts. 215-14 a 215-21 ACM) (14) . Así, se contempla la responsabilidad solidaria de la propia sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente. Son presupuestos de esta responsabilidad: una acción consistente en la impartición, por los administradores de la sociedad dominante, de instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente; un daño o perjuicio causado a la sociedad dependiente que no se haya compensado con el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo de sociedades; y una relación de causalidad entre la acción y el daño causado (art. 291-12.1 ACM).

La regulación de los presupuestos o requisitos, para que nazca la responsabilidad solidaria de los sujetos indicados anteriormente, se completa con los instrumentos a través de los cuales los administradores de la sociedad dependiente pueden eludir su responsabilidad (exigencia que debe entenderse complementaria de la general que disponen los arts. 237 LSC y 215-15 ACM, esto es, la prueba de que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo o acto lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron a él expresamente). En este caso concreto se exige, además, que los administradores de la dependiente prueben que han cumplido con el deber de información y que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución

de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente (art. 291-12.2 ACM).

No precisa la norma a qué deber de información se está haciendo referencia. Si al deber de información ex art. 291-6 ACM de pertenencia al grupo o al deber de información, a través del informe de gestión, ex art. 291-11.2 ACM o a ambos. Creemos que la trascendencia del tema exige la máxima transparencia y cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. Por ello, hay que pensar que los administradores de la sociedad dependiente, para eludir la responsabilidad solidaria ex art. 291-12.2 ACM, deben probar que: a) han informado a los socios de la dependiente de la integración o separación del grupo (no puede descartarse que sea precisamente la separación la que motive el ejercicio de la acción de responsabilidad) en la primera junta que se celebre (art. 291-6.1 ACM); b) que han incluido en el informe de gestión de la sociedad dependiente tanto el hecho de la integración como, en su caso, de la separación en el grupo de sociedades (art. 291.6.2 ACM); y c) que han incluido en el informe de gestión de la sociedad dependiente la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a dicha sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante así como las condiciones de la compensación de dicho perjuicio (art. 291-11.2 ACM).

Además, los administradores de la sociedad dependiente tienen que probar que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible. Se exige, por ello, una adecuación entre la compensación y el perjuicio causado a la sociedad dependiente (teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que la valoración habrá de realizarse sobre el conjunto de las ventajas y desventajas que produzca la pertenencia de la aquélla al grupo ex art. 291-10 ACM) así como que la compensación sea posible, es decir, que la sociedad matriz, sujeto pasivo de la misma, tenga los recursos económicos suficientes para pagar la compensación en el plazo máximo de un año en los términos que se han expuesto anteriormente al hilo del comentario del art. 291-11.1 ACM.

Y, por último, los referidos administradores han de probar que la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente (15). Ello no significa, naturalmente, que no se haya producido perjuicio económico alguno, pues en tal caso no habría responsabilidad por faltar uno de sus elementos necesarios. Tal exigencia ha de ponerse en relación con la legitimidad del interés del grupo, en el sentido de que el límite es el siguiente: la búsqueda del interés del grupo no justifica, en ningún caso, el que se pueda poner en riesgo la solvencia de las sociedades dependientes. Y ello, aunque la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante, que pusieron en riesgo dicha solvencia, se compense de forma adecuada. Consiguientemente, el límite del riesgo de insolvencia es infranqueable. Obsérvese, por lo demás, que la prueba debe alcanzar, simultáneamente, a los tres hechos reseñados (cumplimiento del deber de información, consideración objetiva de la compensación adecuada y posible y la inexistencia de riesgo para la solvencia de la sociedad dependiente) (16).

### **3. La responsabilidad del administrador de la sociedad filial que actúa siguiendo las instrucciones de la dirección del grupo societario. La doctrina de las ventajas compensatorias**

Para valorar la interesante sentencia del TS es necesario fijar los hechos de los que parte el Alto Tribunal. Tales hechos son los siguientes:

1.º D. Augusto tuvo una intervención decisiva tanto en la creación de ACTISPRAY como en el trasvase de la clientela desde ALPHASPRAY

2.º Ambos hechos causaron un daño directo a ALPHASPRAY, pues sus ingresos disminuyeron drásticamente y pasó de obtener beneficios a incurrir en pérdidas

3.º D. Evaristo no participó en la creación de ACTISPRAY y es socio externo de ALPHASPRAY, en cuanto socio minoritario ajeno a la administración de ésta y al círculo de control del grupo de sociedades

4.º ALPHASPRAY obtuvo la mayor parte de su clientela por sus propios medios, ya que la clientela que le cedió DNI fue insignificante. Por consiguiente, la desviación de clientela no suponía una contrapartida a una ventaja patrimonial previa facilitada a ALPHASPRAY por la sociedad matriz (COFIPAGUE) o por alguna de las otras sociedades del grupo

5.º No se ha probado que a D. Evaristo se le ofreciera una compensación por la pérdida de valor que experimentaron sus participaciones a consecuencia del trasvase de la clientela.

La sentencia del TS que comentamos llama la atención, sin duda, por la ausencia de reglas de Derecho positivo que funden la argumentación jurídica. De hecho, no se invoca ni una sola norma concreta de Derecho vigente. No obstante, la doctrina de la resolución nos permite entrever la disciplina del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, pues reconoce la existencia de un «interés del grupo» y aplica la teoría de las ventajas compensatorias respecto de la cual se profundiza e interpreta el referido régimen proyectado, avanzando algunas conclusiones sobre las que el Anteproyecto no se había pronunciado directamente.

También destaca la sentencia por la claridad y contundencia de sus conclusiones, que se podrán compartir o no, separando nítidamente la sociedad mercantil que actúa de forma independiente de la sociedad que se ha integrado en un grupo de

sociedades. Tales conclusiones son las que se exponen a continuación:

### **1.ª El deber de lealtad del administrador social ha de proyectarse sobre el interés de la sociedad que administra**

Esta es una premisa fundamental en la jurisprudencia del TS sobre responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. El interés de la sociedad en la que el administrador ejerce el cargo es prioritario sobre cualquier otro, ya sea el de la sociedad matriz o el de una de las sociedades filiales o el de una tercera sociedad (no perteneciente al grupo). También es prioritario sobre el llamado «interés del grupo», que ni la propia sentencia ni el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil definen.

Consiguientemente, un administrador sólo es leal cuando prioriza los intereses de la sociedad que administra (esté o no en conflicto con otros intereses). Todos los demás intereses son ajenos a los de esta sociedad. Ahora bien, el cumplimiento de tal deber en los términos expuestos no impide que sean compatibles los intereses de la sociedad administrada con los intereses del grupo de sociedades al que aquélla pertenece.

No obstante lo anterior, la cuestión es particularmente compleja cuando el administrador de la filial es también administrador en la sociedad matriz (u ocupa, por ejemplo, un puesto de dirección en ésta), pues es dudoso que en tal hipótesis deba abstenerse de participar en la adopción de acuerdos en los que los intereses de una y otra sociedad estén en conflicto, pues podría suponer, en ciertos casos, la paralización del órgano de administración.

### **2.ª El denominado «interés del grupo» no es absoluto**

El TS sostiene que el «interés del grupo» no es un título que justifique por sí solo el daño causado por operaciones del grupo a la sociedad filial e, indirectamente, a los socios externos y a los acreedores. El interés de la sociedad filial es autónomo aunque matizado por el «interés del grupo» y coordinado con el mismo. El interés de la filial no se diluye en el «interés del grupo», ya que el administrador de la filial siempre ha de contar con su propio ámbito de autonomía de decisión y no tiene una «obediencia debida» a las instrucciones que parten de la sociedad matriz.

### **3.ª Es posible coordinar los distintos intereses que concurren en un grupo de sociedades, los cuales no son necesariamente incompatibles.**

Es evidente que los intereses que confluyen en los grupos de sociedades, que pueden ser muy heterogéneos (el «interés del grupo», el interés de cada una de las sociedades del grupo, el interés de los socios de la sociedad matriz, el interés de los socios de las demás sociedades que no tienen la condición de socios externos, el interés de los socios externos, el interés de los acreedores de las distintas sociedades del grupo, etc.), pueden ser coincidentes en ciertos aspectos. Pero tal coincidencia debe desvincularse de las ventajas compensatorias, es decir, tales intereses no son compatibles por el hecho de que los daños se compensen con las ventajas que generen las operaciones realizadas por las sociedades del grupo.

En cualquier caso, las ventajas compensatorias contribuyen a coordinar los distintos intereses en juego, especialmente cuando el global de las operaciones resulte satisfactorio para los socios externos y los acreedores de las sociedades filiales. Se trata, en definitiva, de conseguir que el grupo empresarial pueda funcionar de la forma más eficiente posible.

### **4.ª El justo equilibrio entre los distintos intereses presentes en los grupos de sociedades se puede conseguir a través de las ventajas compensatorias**

Esta es sin duda la aportación más interesante y novedosa de la sentencia del TS, esto es, la formulación de la doctrina de las ventajas compensatorias. Así, son lícitos los actos de los administradores de una sociedad filial que puedan suponer un perjuicio para ésta, si tal perjuicio se compensa o neutraliza con las ventajas que dicha sociedad obtenga igualmente de su pertenencia al grupo. Estas ventajas compensatorias han de reunir los siguientes rasgos característicos:

**A)** Pueden ser anteriores, simultáneas o posteriores a la conducta perjudicial para la sociedad filial.

**B)** Deben ser verificables, han de resultar debidamente justificadas y gozar de la suficiente concreción. Pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, como las inherentes a una cesión de clientela entre sociedades del grupo. Y no es una ventaja compensatoria, porque es abstracta, el beneficio que, en todo caso, supone para una sociedad su integración en un grupo de sociedades.

**C)** Han de tener un valor económico y han de ser proporcionadas al daño sufrido por la sociedad filial.

### **5.ª No tiene justificación, en ningún caso, la conducta del administrador de una sociedad del grupo que ponga en riesgo su viabilidad y solvencia, aunque actúe en beneficio del grupo y se obtengan ventajas compensatorias**

No es lícita la conducta del administrador de una sociedad filial que sacrifica el interés de su sociedad en beneficio de los intereses del grupo, siguiendo las instrucciones de la matriz, aunque obtenga ventajas compensatorias, cuando dicha conducta haya puesto en riesgo la viabilidad y solvencia de la sociedad filial. Por lo tanto, las conductas de los administradores de las filiales siempre encontrarán un límite infranqueable: la puesta en peligro de la viabilidad y solvencia de la filial (que también constituye una línea roja en el régimen del ACM, como se ha advertido con anterioridad).

En el supuesto que se analiza el TS afirma que D. Augusto, al desviar a otra sociedad del grupo (ACTISPRAY) la mayor parte de la clientela de ALPHASPRAY (de la que era administrador), que ésta había captado en su mayor parte por sí misma, no sólo le provocó un daño patrimonial sino que puso en serio peligro su viabilidad y solvencia. Con dicha conducta D. Augusto pudo dar lugar a la desaparición de ALPHASPRAY, en lugar de haber procedido a realizar una disolución y liquidación ordenada de esta sociedad que hubiera respetado el derecho del socio a la cuota del patrimonio resultante de la liquidación (arts. 93 y 391 y ss. LSC).

Es, por ello, indiferente en este caso el que hubieren existido ventajas compensatorias, pues se franqueó el límite antes señalado. No obstante, el Alto Tribunal entiende que no existieron tales ventajas, pues ALPHASPRAY sufrió un daño directo, la acumulación de pérdidas económicas justo tras la constitución de ACTISPRAY, que no se compensaron con otros beneficios resultantes de su pertenencia al mismo grupo de sociedades.

**6.ª De conformidad con las conclusiones anteriores, no es responsable el administrador de una sociedad filial que, siguiendo instrucciones de la matriz, causa un perjuicio a su sociedad, si éste se compensa con las ventajas que la filial obtiene por su pertenencia al grupo**

La aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias exige: 1) Una conducta realizada por un administrador de una sociedad del grupo que cause a ésta un perjuicio económico concreto, perfectamente cuantificable; 2) Que la sociedad perjudicada obtenga una ventaja o beneficio de su pertenencia al grupo, igualmente cuantificable económicamente; y 3) Que esta ventaja o beneficio neutralice el daño económico. En síntesis, la existencia de ventajas compensatorias impediría accionar contra los administradores por falta de daño económico, puesto que, aunque hubiera existido, se ha compensado o se compensará con otras operaciones beneficiosas para la sociedad filial.

Consiguientemente, lo que aporta la sentencia del TS de 11 de diciembre de 2015 es la posibilidad de que las operaciones entre sociedades del grupo sean valoradas en su conjunto, no de forma aislada. Una operación perjudicial para una de las sociedades del grupo puede ser neutralizada por otra u otras operaciones beneficiosas para esa sociedad, proceda de la misma sociedad cuyos administradores impartieron las instrucciones perjudiciales para la filial o de otra sociedad diferente perteneciente al mismo grupo de sociedades o, incluso, de una tercera sociedad completamente ajena al grupo (si bien, en este último caso, con origen en las propias sinergias del grupo de sociedades). La aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias supone una especie de «cuenta corriente» entre las sociedades del grupo, de forma que el saldo, una vez contabilizados los resultados de las operaciones generadas por el funcionamiento del grupo, habrá de ser cero o positivo, pues, en caso contrario, habrá de compensarse a la sociedad perjudicada por el ejercicio de la dirección económica unitaria.

Del planteamiento que sostiene el Alto Tribunal nos llama la atención la posibilidad de que las ventajas compensatorias sean futuras, pues este requisito resulta difícilmente compatible con la exigencia de que las ventajas estén debidamente justificadas. También nos genera muchas dudas quién haya de valorar la proporcionalidad de tales ventajas, pues, muy probablemente, el criterio no será el mismo si la competencia recae en personas más o menos alejadas del círculo de control del grupo. En todo caso, creemos que la doctrina del Tribunal Supremo vertida en la reiterada resolución, aunque inspirada en las normas proyectadas, no consagra la existencia de un «interés del grupo» como superior al de las sociedades que lo integran, sino complementario, que puede ser compatible con los demás intereses en presencia en el grupo y que no justifica, en cualquier circunstancia, que los administradores de las filiales infrinjan su deber de ser leal a la sociedad que administran.

### III. CONCLUSIONES

Los administradores de una sociedad filial deben priorizar, sobre cualquier otro (cualquiera que sea) el interés de la sociedad que administran.

Son lícitos los actos de los administradores de una sociedad filial que la perjudiquen, si tal daño se compensa o neutraliza con las ventajas que dicha filial obtenga de su pertenencia al grupo de sociedades. Esta doctrina no se aplica en el supuesto en que la conducta de los administradores de la sociedad filial haya puesto en riesgo la solvencia de ésta.

La doctrina de las ventajas compensatorias resulta difícilmente aplicable en los casos de ventajas futuras, puesto que parece complejo que las mismas estén suficientemente justificadas.

- (1) STS, Sala Primera, 11 de diciembre de 2015. Núm. Rec. 2141/2013 (LA LEY 187848/2015).

Ver Texto
- (2) Obviamos toda referencia a los argumentos para desestimar la acción de separación de los administradores, pues juegan un papel absolutamente residual en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona y, además, el pronunciamiento, en lo relativo a la acción de separación, no fue recurrido en apelación.

Ver Texto
- (3) Sentencia APB, Sección 15.ª, de 21 de junio de 2013. Núm. Rec. 73/2012 (LA LEY 121398/2013).

Ver Texto
- (4) Sobre la problemática que plantean las instrucciones perjudiciales en los denominados «grupos fácticos», *vid.* M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, 2009, ed. 2.ª, p. 398 y ss.

Ver Texto
- (5) Si bien, como indica F. VICENT CHULIÁ, «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», en *RDM*, n.º 280, 2011, p. 23, esto no debe conducir a la creencia de que los Tribunales en Derecho español aplican el principio de responsabilidad objetiva de la sociedad dominante, introduciendo una «responsabilidad de grupo». Sobre la posibilidad de ejercer la acción social de responsabilidad contra la sociedad matriz, como administrador de hecho, *vid.* P. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, 2002, p. 175 y ss. y J. MOYA BALLESTER, «Los grupos de sociedades y la protección de los acreedores», en *RdS*, n.º 38, 2012, pp. 319-320.

Ver Texto
- (6) Por un análisis exhaustivo de la categoría «administrador de hecho» destaca la sentencia de la AP de Córdoba, Sección 1.ª, de 26 de febrero de 2016.

Ver Texto
- (7) Resultan de interés, entre otras, las sentencias del TS de 25 de enero de 1988, 7 de abril de 2001, 4 de junio de 2002, 12 de abril de 2007 y 14 de marzo de 2011.

Ver Texto
- (8) *Vid.* L. F. CASTRESANA SÁNCHEZ, «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dirección F. SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1994, p. 679; J. L. DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995, p. 386; P. PÁRAMO MONTERO, *Responsabilidad empresarial*, Valencia, 1995, p. 197; y J. RIBALTA AGUILERA y M.T. GISPERT PASTOR, «La responsabilidad de los administradores y altos cargos en los grupos de sociedades», en *AA.VV., Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*, Barcelona, 1996, p. 138-139.

Ver Texto
- (9) Así, C. PAZ-ARES, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirección A. MENÉNDEZ y A. ROJO), ed. 12.ª, Navarra, 2014, pp. 652-653.

Ver Texto
- (10) En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 29 de marzo de 2007.

Ver Texto
- (11) Para un tratamiento del tema en el ámbito de las sociedades cooperativas, que tienen un régimen particularizado al respecto, *vid.* M. ÁNGEL SANTOS, «Las situaciones de control en la sociedad cooperativa», en *RDM*, n.º 293, 2014, pp. 256-259.

Ver Texto
- (12) Lo que, como viene poniendo de relieve la doctrina mercantilista española, permite afirmar que la disciplina proyectada ha tenido muy en cuenta el Derecho italiano (así, cfr. el art. 2.497, párrafo primero, del Código Civil italiano).

Ver Texto

- (13) Entiende J. M. EMBID IRUJO que se echa en falta una toma de postura que permita delimitar el ámbito material de la facultad de impartir instrucciones, lo que no se consigue con los límites que establece el art. 291-9.2 de la Propuesta de Código Mercantil. Este ámbito material, en su opinión, podría identificarse mediante la fórmula «giro o tráfico del grupo». Además añade que no debería obviarse el deber de diligencia de los administradores de la sociedad dominante, que podría denominarse «diligencia de grupo» (cfr. «Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, n.º 290, 2013, p. 63).

Ver Texto

- (14) Un comentario sobre estos artículos, referido a la entonces Propuesta de Código Mercantil, lo encontramos en I. GONZÁLEZ CABRERA, «Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil», en *RdS*, n.º 41, 2013, pp. 356-363.

Ver Texto

- (15) Opina J. M. EMBID IRUJO, ob. cit., pp. 64-65, que no parece coherente exonerar a los administradores de la sociedad dependiente en tal supuesto y no hacerlo cuando la instrucción respetó otro u otros límites del ejercicio del poder de decisión, como el interés del grupo. Tampoco comparte que la exclusión no se extienda también, en la misma hipótesis, a los administradores de la sociedad dominante que son, en definitiva, quienes han impartido la concreta instrucción que no ponía en riesgo la solvencia de la dependiente.

Ver Texto

- (16) No se comenta la denominada «responsabilidad por apariencia» regulada por el art. 291-13 ACM, pues no tiene relación con la fundamentación jurídica de la sentencia objeto de este comentario.

Ver Texto