



Roj: **SAP M 9936/2017 - ECLI:ES:APM:2017:9936**

Id Cendoj: **28079370282017100295**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **03/03/2017**

Nº de Recurso: **59/2015**

Nº de Resolución: **110/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0025770

Rollo de apelación nº 059/2015

Materia: Derecho de sociedades

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario 245/2013

Apelante: D. Tomás , D. Luis Angel , D. Abelardo , D. Balbino y D. Cornelio

Procurador/a: D. Luis Fernando Álvarez Wiese

Letrado/a: D. Ezequiel Miranda Giménez-Rico y D^a Belén Mora Capitán

Apelada: D. Felix , D. Ildefonso , D. Lucio y D. Paulino

Procurador/a: D. Manuel Lanchares Perlado

Letrado/a: D. Alejandro Fernández de Araoz

SENTENCIA nº 110/2017

En Madrid, a 3 de marzo de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 059/2015, los autos de Procedimiento Ordinario nº 245/2013, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador D. Manuel Lanchares Perlado, actuando en nombre y representación de D. Felix , D. Ildefonso , D. Lucio y D. Paulino presentó el 19 de abril de 2013 demanda contra UNIÓN FENOSA GAS, S.A., D. Tomás , D. Luis Angel , D. Abelardo , D. Balbino y D. Cornelio en solicitud de sentencia "por la que :



1º) Se declare que los Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás han incumplido los deberes de diligente administración que como Consejeros les impone el artículo 225 LSC por la conducta por ellos desplegada en el Consejo de Administración de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A." celebrado el 20 de marzo 2013 en relación a la votación relativa a la remisión de notificaciones de "fuerza mayor" respecto de los contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora.

2º) Se declare que los Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás han incumplido los deberes de lealtad que como Consejeros les impone el artículo 226 LSC por la conducta por ellos desplegada en el Consejo de Administración de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A." celebrado el 20 de marzo 2013.

3º) Se declare que los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás se hallan en una situación de conflicto de interés en relación a las cuestiones relativas a los contratos de suministro de gas con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora.

4º) Se declare que los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás han incumplido la obligación que les impone el artículo 229 LSC de comunicar al Consejo de Administración de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A." su situación de conflicto de interés en relación a las cuestiones relativas a los contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora.

5º) Se declare que los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás han incumplido la obligación que les impone el artículo 229 LSC de abstenerse de intervenir en el Consejo de Administración celebrado el pasado 20 de marzo de 2013 en los acuerdos o decisiones relativos a los contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora.

6º) Se condene a los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás a no intervenir en un futuro en las deliberaciones y votaciones que, en su caso, se realicen en el seno del Consejo de Administración de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A." sobre contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora.

7º) Se declare la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales aprobados en la reunión extraordinaria del Consejo de Administración de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A." celebrado en fecha 20 de marzo de 2013, cuyo tenor literal se transcribe a continuación, al amparo del artículo 204 LSC por ser los mismos contrarios a la Ley:

- No aprobar la declaración de fuerza mayor a UFG Comercializadora.

- No aprobar la declaración de fuerza mayor a GNF, NGS y GN Comercializadora en sus respectivos contratos.

8º) Se condene expresamente a los demandados al pago de cuantas costas y gastos se devenguen en el presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LECiv .

9º) Se condene a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites, el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid dictó sentencia, con fecha 30 de octubre de 2013 , cuyo fallo es el siguiente: "Que debo estimar y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Declarar que los consejeros de Unión Fenosa Gas, S.A., Tomás , Balbino , Luis Angel , Abelardo y Cornelio se hallan en una situación de conflicto de intereses en relación con la declaración de fuerza mayor en los contratos de suministro de gas con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora y que han incumplido el deber de abstenerse o intervenir en los anteriores acuerdos o decisiones del Consejo de administración celebrado el pasado 20 de marzo de 2013.

Segundo.- Condenar a los consejeros de Unión Fenosa Gas, S.A., Tomás , Balbino , Luis Angel , Abelardo y Cornelio a no intervenir en un futuro en las votaciones que, en su caso, se realicen en el seno del Consejo de administración de la sociedad sobre la declaración de fuerza mayor en los contratos a que se refiere el pronunciamiento anterior.

Tercero.- Absolver a Tomás , Balbino , Luis Angel , Abelardo y Cornelio de los demás pedimentos deducidos en su contra.

Cuarto.- Absolver a Unión Fenosa Gas, S.A. de todos los pedimentos deducidos en su contra.



Quinto.- Condenar al pago de las costas de la sociedad codemandada a la parte demandante; sin que haya lugar a especial pronunciamiento respecto de las demás costas procesales".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes, por D. Tomás , D. Luis Angel , D. Abelardo , D. Balbino y D. Cornelio se interpuso recurso de apelación, que, admitido y tramitado en legal forma, con oposición de la parte contraria, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 9 de febrero de 2017.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- La presente litis tiene su origen en la demanda formulada por cuatro miembros del consejo de administración de UNIÓN FENOSA GAS, S.A. ("UFG"), designados a propuesta de ENI Spa ("ENI"), contra los consejeros nombrados a propuesta de GAS NATURAL SDG, S.A. ("GN") y la propia UFG, a fin de que se declarase el incumplimiento, por parte de los primeros, de los deberes que, en su calidad de administradores de UFG, les incumben y se les condenase a no intervenir en futuras deliberaciones y votaciones en el seno del consejo de administración, así como que se declarasen nulos los acuerdos adoptados en la sesión del consejo de administración de UFG del día 20 de marzo de 2013, todo ello en los términos que quedaron reflejados en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

2.- Al cabo del trámite, el tribunal de la primera instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. En concreto, se acogieron los pedimentos relativos a: (i) la declaración de que los consejeros demandados se hallan en una situación de conflicto de intereses en relación con la declaración de fuerza mayor en los contratos de suministro de gas que vinculan a UFG con GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, NUEVA GENERADORA DEL SUR, GAS NATURAL-FENOSA y UNIÓN FENOSA GAS COMERCIALIZADORA (la sentencia se refiere a estos contratos como "contratos relevantes", terminología que aquí adoptaremos); (ii) la declaración de que los consejeros demandados incumplieron el deber de abstenerse de intervenir en los acuerdos relativos a los susodichos contratos adoptados en la sesión del consejo de administración celebrada el 20 de marzo de 2013; y (iii) la condena de los consejeros demandados a no intervenir en votaciones futuras que pudieran tener lugar en el seno del consejo de administración en relación con la declaración de fuerza mayor en los referidos contratos. Los restantes pedimentos contra los consejeros demandados fueron rechazados, al igual que el relativo a la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la sesión del consejo de administración de UFG que tuvo lugar el 20 de marzo de 2013.

3.- Disconformes con lo así decidido, los consejeros demandados apelaron para solicitar la revocación de todos los pronunciamientos en su contra. El recurso se estructura en seis apartados. A dichos apartados precede otro preliminar, que carece de contenido impugnatorio, limitándose en él los recurrentes a exponer su particular interpretación de la solución dada en la primera instancia y las resultas de la sentencia dictada, así como a anticipar ciertos elementos en los que se sustentará parte de su ulterior discurso. El apartado primero revive la cuestión relativa a la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje que por medio de la oportuna declinatoria se había planteado en la instancia precedente. En el apartado segundo se señalan determinados hechos que, según los apelantes, habiendo resultado probados y resultando relevantes para la resolución de la controversia, no habrían sido tenidos en cuenta por el juzgador anterior. En el apartado tercero se relacionan dos hechos nuevos. Los apartados cuarto, quinto y sexto se dedican, respectivamente, a argumentar en pro de la falta de legitimación de los actores, así como de la inexistencia de conflicto de intereses y del correlativo deber de abstención de los consejeros recurrentes en lo concerniente a la declaración de fuerza mayor en los contratos relevantes, en contra de lo apreciado en estos puntos por el juez a quo.

4.- En los apartados que siguen abordaremos, en la medida que resulte adecuado para la resolución de la controversia que se nos somete, las cuestiones que afloran en el recurso. En tal cometido no nos ajustaremos al esquema que nos proponen los recurrentes. En concreto, no convertiremos en objeto de análisis diferenciado los apartados preliminar, segundo y tercero del escrito de interposición del recurso, habida cuenta la falta de contenido impugnatorio del primero de ellos, ya apuntada, y la circunstancia de que el valor que cupiera atribuir a los hechos señalados en los otros dos apartados solo podría aquilatarse en relación con los alegatos con que se combate específicamente el juicio que encierra la sentencia impugnada, en el marco de cuya valoración habrían de ser tratados.



II. SOBRE LA FALTA DE JURISDICCIÓN POR SUMISIÓN A ARBITRAJE 5.- En la alegación primera de su recurso, los consejeros demandados vuelven a plantear la cuestión relativa a la sumisión de la disputa a arbitraje, rechazada en primera instancia por auto de 13 de junio de 2013, por el que se resolvió la declinatoria formulada al efecto por los aquí recurrentes, habiendo sido desestimado el ulterior recurso de interposición interpuesto contra el mismo.

6.- El discurso impugnatorio se apoya en tres ideas:

(i) La controversia que subyace al proceso no se plantea entre los miembros del consejo de administración, sino entre los socios. Según los recurrentes, las conclusiones alcanzadas en la propia sentencia y el proceder de ENI en el proceso arbitral paralelo, en referencia a las manifestaciones vertidas en la carta de fecha 19 de noviembre de 2013 dirigida por dicha entidad al tribunal arbitral que se aportó como documento número 3 con el escrito de interposición del recurso, abonarían tal consideración.

(ii) La cláusula arbitral contenida en los estatutos abarca el objeto del proceso y alcanza a los sujetos entre los que se plantea. A este respecto, se alega que lo que se discute en el proceso son cuestiones de naturaleza estatutaria y societaria, que los demandantes no promueven la demanda en ejercicio de derechos propios, sino en defensa de un hipotético interés de la sociedad, y que los consejeros intervinientes en el litigio, en cuanto administradores, son "compañía" a los efectos de la cláusula arbitral contenida en los estatutos.

(iii) UFG, como firmante del "acuerdo de socios", está sujeta a la cláusula arbitral que el mismo recoge.

Respuesta del Tribunal

7.- Cuáles fueran los móviles de los promotores del expediente para ponerlo en marcha o los efectos reflejos que las resultas del mismo pudieran producir en la vida societaria resultan intrascendentes a los fines pretendidos en este capítulo por los recurrentes. Lo determinante es que los demandantes intervienen en nombre propio y en interés propio, anudado al cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre ellos en su condición de administradores, por mucho que el contenido de tales obligaciones venga definido en último término por la defensa del interés de la sociedad, y que se dirigen contra los demandados con fundamento en el defectuoso cumplimiento de las obligaciones a las que, por su condición de consejeros, están estos sujetos, y, en el caso de la sociedad, en ejercicio de la legitimación que tienen legalmente reconocida para la impugnación de los acuerdos adoptados por el órgano de administración.

8.- La cláusula arbitral contenida en los estatutos hace referencia a las cuestiones o diferencias que pudieran surgir entre la compañía y sus accionistas o entre estos como tales. No contempla, por tanto, la clase de conflicto que aquí se ha suscitado. Decir que los administradores son "compañía" revela un enfoque en extremo simplista. Una cosa es que los acuerdos y actos de los órganos sociales sean considerados como actos "de la sociedad" o atribuidos directamente a ella, porque, careciendo de corporeidad, no es ontológicamente posible reconocer otro modo de actuación de la persona jurídica, y otra cosa bien distinta es identificar a la sociedad con las personas físicas que integran los órganos que definen su organización interna. 9.- No alcanzamos a ver cómo el hecho de que UFG suscribiera la cláusula de sumisión a arbitraje recogida en el "acuerdo de socios" habría de determinar que la controversia que aquí se ventila hubiera de someterse a arbitraje, pues no se plantea entre los sujetos firmantes del referido acuerdo. Ninguna virtualidad cabría reconocer a tal fin al compromiso, allí también recogido, de que las entidades firmantes se asegurarían de que sus administradores observarían los principios y reglas recogidos en el acuerdo, con independencia de la valoración que mereciera, desde la óptica puramente contractual, la eventualidad de que por parte de UFG no se hubieran adoptado las medidas precisas para asegurarse de que no se promoviese la presente contienda judicial, aspecto totalmente ajeno a la cuestión que nos ocupa.

III. SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

10.- La cuestión aflora en la alegación cuarta del escrito de interposición del recurso, que consta de dos subapartados. El primero se centra en la pretensión de que se declare que los demandados incumplieron la obligación de abstenerse de intervenir en los acuerdos del consejo de administración celebrado el 20 de marzo de 2013 relativos a los contratos relevantes. El segundo plantea la cuestión a propósito de los otros dos pedimentos acogidos con matices en la sentencia impugnada, esto es, el que perseguía que se declarase que los demandados se hallan en una situación de conflicto de interés en relación con las cuestiones relativas a los contratos relevantes y aquel otro interesando la condena de los demandados a no intervenir de futuro en las deliberaciones y votaciones que pudieran tener lugar en el seno del consejo de administración sobre los referidos contratos.

11.- En el primero de los subapartados, los recurrentes aducen, en esencia, las siguientes razones como basamento de su discurso: (i) la falta de fundamento de la sentencia al señalar como razón para considerar legitimados a los demandantes que, con el incumplimiento de los demandados, se habrían bloqueado las



funciones del órgano de administración e interferido en la adecuada ejecución de sus cometidos por parte de los consejeros demandantes; (ii) las contradicciones apreciables entre la decisión adoptada en relación con la legitimación para la acción considerada y el análisis que lleva al juez a quo a estimar la falta de legitimación para el ejercicio de las acciones declarativas del incumplimiento de los deberes de diligente administración y de lealtad; y (iii) la no concurrencia de los requisitos precisos para el acogimiento de pretensiones meramente declarativas.

12.- En cuanto a las pretensiones contempladas en el subapartado segundo, los recurrentes aducen que la sentencia, a la hora de justificar la legitimación de los aquí apelados, no ofrece más que un argumento lateral, al señalar el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), en tanto que en él se alude a que los administradores quedarán exentos de responsabilidad si acreditan que hicieron todo lo conveniente para evitar el daño resultante del acto lesivo, como razón para apreciar la legitimación de los demandantes, rechazando la parte que el referido precepto brinde la cobertura para el ejercicio por un administrador de una acción enderezada a exigir el cumplimiento de su deber de abstención por parte de otro. Según el planteamiento de los recurrentes, de la falta de legitimación de los demandantes para exigir de los demandados el cumplimiento de ningún deber de abstención derivaría la falta de legitimación para solicitar que se declare la existencia de una situación de conflicto de interés, dado su carácter netamente instrumental.

Respuesta del Tribunal

13.- En términos generales, la condición de legitimado viene determinada por la titularidad de la relación jurídico material debatida en el proceso. Así, en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC ") se establece que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en el juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Ello supone, desde el punto de vista de la legitimación activa, reconocer esta última a quien esté en condiciones de afirmar la titularidad del derecho subjetivo sobre el que versa el proceso. Es lo que se denomina legitimación ordinaria.

14.- El anterior esquema resulta modulado en aquellos supuestos en que la norma expresamente habilita a un sujeto distinto al titular del derecho o relación jurídica controvertida para promover proceso encaminado a su tutela. Es lo que se denomina legitimación extraordinaria o indirecta. En estos casos bastará con justificar que se reúnen las condiciones que marca la norma para considerar legitimado al sujeto.

15.- Lo anterior no es suficiente, sin embargo, para la adecuada promoción de contienda judicial, resultando precisa, además, la concurrencia de interés legítimo o necesidad de la tutela jurídica. Ello nos lleva a atender a la clase de pretensión ejercitada. Así, si lo que se persigue es la condena del demandado a determinada prestación, dicha necesidad está implícita en la pretensión. Diferente es el caso de las pretensiones meramente declarativas, en las que, no pudiéndose identificar por la propia pretensión el interés o la necesidad de la tutela jurídica que se solicita, se requiere que el actor especifique tal interés, el cual se corresponde, desde un punto de vista general, con la necesidad de la declaración de la existencia de un derecho del demandante o de una determinada situación jurídica como medio para impedir que se llegue a producir un perjuicio en la esfera jurídica de aquel.

15.- Cifñéndonos a las cuestiones que se nos someten en el subapartado primero del capítulo impugnatorio en examen, consideramos que, reconociendo explícitamente el artículo 251 LSC la legitimación de los administradores sociales para la impugnación de los acuerdos del consejo de administración, no debería existir mayor problema en admitir el pedimento de una parte de sus integrantes encaminado a obtener la declaración de que otra parte de los consejeros incumplió sus deberes legales a propósito de su intervención en la conformación de un determinado acuerdo, cuando tal incumplimiento se señala como causa de la petición de que el acuerdo en cuestión sea declarado nulo. De esta forma, la petición de que se declare que los aquí recurrentes incumplieron la obligación de abstenerse de intervenir en los acuerdos relativos a los contratos relevantes adoptados en la reunión del consejo de administración de 20 de marzo de 2013, conectada a la pretensión de que se declaren nulos los acuerdos en cuestión por razón de tal circunstancia, que es como se presenta en la demanda, tiene sentido.

16.- Ahora bien, dicho planteamiento comporta, como reverso, que, resultando desestimada la pretensión impugnatoria respecto de la cual la declaración del incumplimiento opera a modo de presupuesto, esta otra pretensión devenga carente de utilidad e interés, no pudiendo subsistir por sí sola.

17.- Este es el criterio que expresa el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8014), que los propios apelados citan, en un supuesto en el que la parte recurrente había ejercitado en su demanda la acción social de responsabilidad contra tres administradores de una sociedad, con suerte adversa en primera y segunda instancia. El Alto Tribunal señala la improcedencia de la acción declarativa de infracción de deberes por parte de los administradores argumentando que *"[l]a declaración de incumplimiento de sus obligaciones por los administradores carece de utilidad e interés por sí misma para la*



recurrente y nada más tiene carácter puramente instrumental en cuanto es expresiva de uno de los elementos o requisito que integran la responsabilidad". Tal criterio, *mutatis mutandi*, resulta trasladable al ámbito en que se suscita la presente contienda.

18.- Debemos concluir, pues, que la razón asiste a los recurrentes en las objeciones manifestadas a la viabilidad de un pronunciamiento que se limite a declarar que aquellos incumplieron el deber de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones del consejo de 20 de marzo de 2013 relativos a los contratos relevantes. La declaración en cuestión tiene un carácter meramente instrumental respecto de la petición de que se declaren nulos los acuerdos de referencia, la cual fue desestimada, habiendo quedado firme este pronunciamiento, no pudiéndose apreciar, por tanto, la concurrencia de verdadero y propio interés que ampare el ejercicio de una acción tendente simplemente a obtener tal declaración.

19.- Los apelados arguyen que carece de razón el que, reconociéndose en la norma la legitimación de los integrantes del órgano colegiado de administración para impugnar los acuerdos adoptados por este, se rechace la legitimación de aquellos para solicitar la declaración de ilegalidad de los actos que están en la base de tal impugnación. Con ello, los apelados no hacen sino desconocer la doctrina reflejada en la sentencia del Alto Tribunal que ellos mismos citan, si bien de modo parcial, obviando aquello en lo que no les resulta favorable.

20.- También han de acogerse los reparos de los recurrentes a la legitimación de los aquí recurridos para instar las pretensiones que cristalizaron en los demás pronunciamientos de la sentencia favorables a estos últimos, en los que se concentra el subapartado segundo del apartado del recurso objeto de consideración. A continuación lo razonamos.

21.- La petición de que se condene a los demandados a no intervenir en las deliberaciones y votaciones que, en relación con los contratos relevantes, tuvieran lugar de futuro en el seno del consejo de administración solo puede ser entendida como una acción de cumplimiento del deber de lealtad. Así lo considera la más cualificada doctrina (J. Oriol LLebot, en "La responsabilidad de los administradores", A. Rojo y E. Beltrán (directores), ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2008, página 51; J. Massaguer en "Comentario e la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)", Javier Juste Mencía (coord.), ed. Aranzadi, S.A., 2015, página 431, a propósito de la acción cesatoria expresamente reconocida en el artículo 232 LSC, según la redacción resultante de la modificación operada por la Ley 31/2014).

22.- La pretensión en cuestión versa, por tanto, sobre el cumplimiento por parte de los aquí recurrentes de los deberes de lealtad que la norma señala a los administradores sociales, en concreto de aquel que impone a los administradores sociales incursos en una situación de conflicto de intereses la obligación de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a la que venga referido el conflicto. Tales deberes surgen de, se desarrollan en y se justifican por la relación trabada entre la sociedad y los administradores al aceptar estos el cargo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7170), a propósito del régimen sobre los deberes de los administradores establecido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (lo que a los efectos que nos ocupa resulta irrelevante), señala: "*[E]n las denominadas relaciones de gestión en las que el gestor dispone de poderes para afectar la posición jurídica del principal, nuestro ordenamiento, como concreta manifestación del principio general conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, impone a aquel en quien el tercero ha depositado su confianza una pluralidad de deberes (deberes fiduciarios) de entre los que destaca el de lealtad o primacía de los intereses del principal en el eventual conflicto de intereses entre el gestor y quien en él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de los de este sobre los de aquel*".

23.- Las dificultades para la calificación jurídica del vínculo trabado entre sociedad y administrador llevaron a catalogarlo como contrato o relación especial de administración. Según esta catalogación, la relación sociedad-administrador se enmarca en las denominadas relaciones de gestión, originando para los administradores determinados deberes fiduciarios, reflejados con mayor o menor precisión en los sucesivos textos legales societarios, y entre ellos, destacadamente, como señala el Alto Tribunal, el deber de lealtad.

24.- Resulta de cuanto antecede que, siendo extraños a la relación especial de administración, de naturaleza fiduciaria, establecida entre la sociedad y cada uno de los consejeros aquí apelantes, los apelados no se encuentran en una posición jurídica que les habilite para exigir de aquellos el cumplimiento de sus deberes de lealtad, los cuales cobran carta de naturaleza en el marco de aquella relación individualizada con la sociedad.

25.- El juez a quo rechaza tal enfoque porque: (i) desconoce la vertiente orgánica del cargo de administrador; y (ii) con fundamento en la denominada "utilizabilidad" por un tercero del negocio jurídico ajeno (primer y segundo párrafo del subapartado "C) Legitimación para la declaración de incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad", en página 8 de la sentencia). Disentimos de tales planteamientos:



25.1.- La sentencia no proporciona ningún desarrollo del primero de los argumentos que esgrime. En todo caso, habría de diferenciarse, siguiendo doctrina cualificada, entre el órgano de administración y quienes lo personifican. Solo en relación con el primero, en cuanto elemento de la estructura de la sociedad, con un ámbito típico de facultades, puede hablarse de relación orgánica. Junto a esta relación coexistiría la que se establece entre la sociedad y quienes encarnan el órgano de administración, de índole puramente contractual.

25.2.- La denominada "utilizabilidad" del contrato por el tercero viene referida a la posibilidad de que un tercero funde en un negocio ajeno una pretensión propia dirigida frente a una de las partes de tal negocio. Ello no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de que el tercero resulte habilitado para demandar de las partes del negocio el cumplimiento de aquello a lo que por este resultaron obligadas (que es como parece tomarse, a falta de mayores explicaciones, en la resolución impugnada), sino en el de que el negocio en cuestión, en cuanto define una determinada situación jurídica, puede servir de fundamento a una concreta pretensión que el tercero dirija contra cualquiera de las partes con base en un título propio y diferenciado.

26.- Aducen los apelados que el planteamiento de la petición de condena a no intervenir en reuniones futuras del consejo de administración estaría justificado por su interés legítimo, en tanto que administradores, en combatir las actuaciones ilegales que se pudieran producir en el seno del consejo de administración, y el que deriva igualmente de la eventual responsabilidad que para ellos podría surgir del hecho de no combatir tales ilegalidades y los actos lesivos para la sociedad "haciendo todo lo conveniente para evitar el daño", conforme marca el artículo 237 LSC, en línea con lo sostenido en la sentencia dictada en la anterior instancia.

27.- Pocos reparos cabe hacer al razonamiento relativo a la salvaguardia de la legalidad en la actuación del órgano de administración, que puede considerarse insita en el deber de diligencia que pesa sobre los administradores. Ahora bien, ello no puede desvincularse de la inexistencia de una posición jurídica que habilite para pedir la actuación del derecho objetivo en la forma que se concretó en la demanda y de las vías específicas que el ordenamiento pone a disposición de quien así razona para tales cometidos. Lo mismo puede decirse del intento de justificar por el dictado del artículo 237 LSC la pretensión en examen, toda vez que dicho precepto no puede ser interpretado en el sentido que los apelados señalan, obviando que, basada la clase de tutela que se persigue en la infracción del deber de lealtad, y siendo este de naturaleza contractual, aquella tutela solo puede ser impetrada, a falta de norma especial que otra cosa disponga, por el titular de la relación contractual, esto es, la sociedad. En último término, las dificultades prácticas derivadas de que sería al órgano de administración a quien incumbiría activar tal iniciativa por la sociedad no pueden operar como vía alternativa de legitimación.

28.- Finalmente, la petición de que se declare que los aquí recurrentes están incurso en situación de conflicto de interés es, más que una pretensión propiamente dicha, simple presupuesto de las demás peticiones deducidas en el suplico. De esta forma, atendiendo a tal carácter instrumental, una vez rechazadas esas otras pretensiones, la declaración solicitada carece de utilidad e interés, deviniendo por ello inviable.

29.- Como consecuencia de cuanto antecede procede estimar el recurso, sin necesidad de ulteriores consideraciones.

CUARTO.- COSTAS

24.- La suerte estimatoria del recurso, que a su vez determina la desestimación de todos los pedimentos deducidos contra los aquí recurrentes comporta los siguientes pronunciamientos en materia de costas: (i) las ocasionadas en la primera instancia a las personas físicas demandadas han de ser impuestas a los promotores del expediente, por aplicación del artículo 394.1 LEC ; (ii) no se hace expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de la segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 LEC .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, la Sala acuerda el siguiente

FALLO

La Sala acuerda:

1.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Tomás , D. Luis Angel , D. Abelardo , D. Balbino y D. Cornelio contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid en los autos de juicio ordinario 245/2013.

2.- En consecuencia, revocar los pronunciamientos primero, segundo, y segundo inciso del quinto de la referida resolución, para acordar en su lugar:

2.1.- Desestimar el pedimento recogido en el punto 3º) del suplico de la demanda, por el que se solicitaba " 3º) Se declare que los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel ,



Abelardo y Tomás se hallan en una situación de conflicto de interés en relación a las cuestiones relativas a los contratos de suministro de gas con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora". 2.2.- Desestimar el pedimento recogido en el punto 5º) del suplico de la demanda, por el que se solicitaba " 5º) Se declare que los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás han incumplido la obligación que les impone el artículo 229 LSC de abstenerse de intervenir en el Consejo de Administración celebrado el pasado 20 de marzo de 2013 en los acuerdos o decisiones relativos a los contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora".

2.3.- Desestimar el pedimento recogido en el punto 6º) del suplico de la demanda, por el que se solicitaba " 6º) Se condene a los Consejeros de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A.", Sres. Balbino , Cornelio , Luis Angel , Abelardo y Tomás a no intervenir en un futuro en las deliberaciones y votaciones que, en su caso, se realicen en el seno del Consejo de Administración de "UNIÓN FENOSA GAS, S.A." sobre contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora, con Nueva Generadora del Sur, con Gas Natural-Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora".

2.4.- Condenar a D. Felix , D. Ildefonso , D. Lucio y D. Paulino al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia a D. Tomás , D. Luis Angel , D. Abelardo , D. Balbino y D. Cornelio .

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas generadas por el recurso.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a devolver el depósito realizado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.