



Roj: **STS 7170/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7170**

Id Cendoj: **28079110012011100718**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2011**

Nº de Recurso: **1065/2007**

Nº de Resolución: **662/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Santa Cruz de Tenerife, núm. 9, 27-03-2006,**  
**SAP TF 532/2007,**  
**STS 7170/2011**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación interpuestos respectivamente por FRED OLSEN, S.A., por don Emilio , y por don Julián , contra la sentencia dictada con fecha veintiocho de marzo de dos mil siete, por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el rollo de apelación 503/2006 , dimanante de los autos de juicio ordinario 617/2004 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de santa Cruz de Tenerife.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de partes recurrentes y recurridas:

- 1) FRED OLSEN, S.A., representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don MIGUEL ANGEL CAPETILLO VEGA.
- 2) Don Emilio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña ISABEL CAMPILLO GARCIA.
- 3) Don Julián , representado por la Procuradora de los Tribunales doña ISABEL CAMPILLO GARCIA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### ANTECEDENTES

#### PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El Procurador don JOSÉ ALBERTO POGGIO MORATA, en nombre y representación de FRED OLSEN, SA, interpuso demanda contra don Emilio y don Julián .

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*SOLICITO DEL JUZGADO se sirva admitir el presente con los documentos adjuntos y sus copias, tenerme por personado y parte en la representación que ostento, mandando se sigan conmigo las sucesivas diligencias y seguir el proceso contra D. Emilio y Don Julián y, en su día, dictar sentencia por la que, estimando la demanda, se declare:*

a) que D. Emilio y Don Julián como **Administradores** de Fred Olsen, **Sociedad** Anónima y respecto de las conductas señaladas en los hechos QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO contravinieron los deberes que les imponía la Ley de **Sociedades** Anónimas;

b) que D. Emilio y Don Julián como **Administradores** de Fred Olsen, **Sociedad** Anónima incurrieron en responsabilidad social causando daños y perjuicios a dicha **sociedad**, respondiendo ambos solidariamente;



c) condenar solidariamente a Don Emilio y Don Julián a indemnizar a la **sociedad** Fred. Olsen, S.A. en la suma de tres millones sesenta y dos mil novecientos noventa y nueve (3.062.999) pesetas equivalentes a dieciocho mil cuatrocientos nueve (18.409) euros, por daños directos; más la suma de trescientos treinta y ocho millones setecientos ochenta y dos mil (338.782.000) pesetas, equivalentes a dos millones treinta y seis mil ciento veinte (2.036.120) euros por daño emergente, más la suma de a mil doscientos noventa y dos millones quinientas noventa mil (1.292.590.000) pesetas equivalentes a siete millones setecientos sesenta y ocho mil seiscientos veintidós (7.768.622) euros por lucro cesante; en total por daños mil seiscientos treinta y un millones trescientas setenta y dos mil (1.631.372.000) pesetas, equivalentes a nueve millones ochocientos cuatro mil setecientos cuarenta y tres (9.804.743) euros, así como al pago de intereses desde la interpelación judicial, respecto de las sumas reclamadas por daños (intereses respecto de 9.804.743 euros) y, además, al pago de la suma de un millón más (1.000.000) de euros por daños morales.

d) todo ello con los demás pronunciamientos legales, así como condenando solidariamente a los demandados al pago de las costas del juicio.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santa Cruz de Tenerife que la admitió a trámite, siguiéndose el trámite por el procedimiento de juicio ordinario con el número de autos 617/2004.

#### **SEGUNDO: LA DECLINATORIA INTERNACIONAL**

4. El Procurador don JUAN MANUEL BEAUTELL LÓPEZ, en representación de don Julián compareció en autos e interpuso declinatoria de jurisdicción a la que se adhirió el propio Procurador en representación de don Emilio, y a la que se opuso el Procurador don MIGUEL ANGEL CAPETILLO VEGA en representación de FRED OLSEN, S.A..

5. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santa Cruz de Tenerife, por auto de 17 de enero de 2005, estimó la declinatoria de jurisdicción en los siguientes términos:

*Dispongo: Que estimando la declinatoria formulada, debo abstenerme de conocer del asunto por falta de competencia internacional, debiendo ser planteado ante los Tribunales de Noruega, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas*

6. Recurrido dicho auto y seguidos sus trámites, por auto de veintiuno de junio de dos mil cinco la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la resolución recurrida en los siguientes términos:

1º. *Estimar el recurso de apelación formulado por el Procurador Don José Alberto Poggio Morata, en nombre y representación de Fred Olsen S.A.*

2º. *Revocar el auto dictado el 17 de Enero de 2005 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Santa Cruz de Tenerife en Autos de Juicio Ordinario nº 617-2004.*

3º. *Desestimar la excepción de declinatoria de incompetencia de jurisdicción, declarando la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la acción social ejercida en la demanda.*

4º. *No formular expresa condena en costas.*

#### **TERCERO: LAS CONTESTACIONES**

7. Una vez desestimada la declinatoria internacional, el Procurador Don Juan Manuel Beautell López, en representación de don Julián contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO: que tenga por presentado este escrito, con documentos Y copias de todo ello, se sirva admitirla y tenerme por personado y parte en la representación que ostento y por formulada oposición a la demanda de Juicio Ordinario, a instancia de FRED. OLSEN, S.A, y previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.*

8. Paralelamente, en los expresados autos de juicio ordinario 617/2004 compareció Emilio representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Manuel Beautell López que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO: que tenga por presentado este escrito, con documentos Y copias de todo ello, se sirva admitirla y tenerme por personado y parte en la representación que ostento de D. Julián y por formulada oposición a la demanda de Juicio Ordinario, a instancia de FRED. OLSEN, S.A, y previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.*

#### **CUARTO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA**



9. En los expresados autos 617/2004 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santa Cruz de Tenerife recayó sentencia el día veintisiete de marzo de dos mil seis cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Poggio Morata en representación de FRED OLSEN, SA contra DON Emilio Y DON Julián , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a éstos de los pedimentos en su contra esgrimidos, con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas.*

#### QUINTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

10. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de FRED OLSEN, S.A., y seguidos los trámites ante la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife con el número de rollo 503/2006 , el día veintiocho de marzo de dos mil siete recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO

1º Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad mercantil "Fred Olsen, SA", revocándose parcialmente la sentencia dictada en primera instancia.

2º Se estima parcialmente la demanda formulada por la representación de la entidad mercantil "Fred Olsen, SA" contra Don Emilio y Don Julián , declarando que dichos demandados, como **Administradores** de Fred Olsen, SA, contravinieron los deberes de lealtad y de **secreto** que les imponía la Ley de **Sociedades** Anónimas, condenándoles a estar y pasar por dicha declaración.

3º Se desestima la demanda en todo lo demás, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

4º No se hace especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### SEXTO: LOS RECURSOS

11. Contra la expresada sentencia el Procurador de los Tribunales don JOSÉ ALBERTO POGGIO MORATA, en nombre y representación de FRED OLSEN, S.A., interpuso recurso de casación con base en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de lo dispuesto en los artículos 1.001 y siguientes, en especial, 1.107, del Código civil y doctrina jurisprudencial al respecto en relación con la indemnización por daños morales.

Segundo: Infracción de lo dispuesto en los artículos 1.001 y siguientes, en especial, 1.102, 1.107, del Código civil y concordantes del mismo Código civil y doctrina jurisprudencial al respecto en relación con la indemnización por daños directos.

12. También el Procurador de los Tribunales don JUAN MANUEL BEAUTELL LÓPEZ en nombre y representación de don Emilio interpuso recurso de casación al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 127 párrafos primero y segundo del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , en su redacción aplicable al caso, sobre las obligaciones de guardar **secreto** y de lealtad de los **administradores**.

Segundo Infracción del artículo 7.1 párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , y jurisprudencia dictada en su interpretación, sobre la inoponibilidad de los pactos parasociales.

Tercero: Infracción del artículo 133.1 en relación con el 134 del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , y jurisprudencia dictada en su interpretación, sobre la naturaleza y alcance de la acción social de responsabilidad de los **administradores** sociales.

13. Finalmente, el Procurador de los Tribunales don JUAN MANUEL BEAUTELL LÓPEZ, en nombre y representación de Julián también interpuso recurso de casación contra la repetida sentencia, con base en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 127 párrafos primero y segundo del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en su redacción aplicable al caso, sobre las obligaciones de guardar **secreto** y de lealtad de los **administradores**.

Segundo Infracción del artículo 7.1 párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y jurisprudencia dictada en su interpretación, sobre la inoponibilidad de los pactos parasociales.

Tercero: Infracción del artículo 133.1 en relación con el 134 del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y jurisprudencia dictada en su interpretación, sobre la naturaleza y alcance de la acción social de responsabilidad de los **administradores** sociales.

#### **SÉPTIMO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN**

14. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de rollo de recurso de casación 1065/2007

15. En el recurso se personaron:

- 1) FRED OLSEN, S.A. bajo la representación del Procurador don MIGUEL ANGEL CAPETILLO VEGA.
- 2) Don Emilio bajo la representación de la Procuradora doña ISABEL CAMPILLO GARCIA.
- 3) Don Julián bajo la representación de la Procuradora doña ISABEL CAMPILLO GARCIA.

16. El día veintiocho de abril de dos mil nueve, la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

##### **LA SALA ACUERDA**

*1 ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad FRED OLSEN, S.A. contra la Sentencia dictada con fecha 28 de marzo de 2007, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), en el rollo de apelación 503/2006, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 617/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santa Cruz de Tenerife.*

*2 ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Emilio, contra la citada Sentencia.*

*3 Entréguese copia de los escritos de interposición de ambos recursos, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS.*

17. Interesada la aclaración del referido auto por la Procuradora doña ISABEL CAMPILLO GARCIA en nombre y representación de D. Emilio, por auto de veinte de abril de dos mil diez la Sala dictó auto que en lo que aquí interesa es del tenor literal siguiente:

##### **LA SALA ACUERDA**

*HA LUGAR A LA ACLARACIÓN del Auto de 28 de abril de 2009, solicitada por la Procuradora Sra. Campillo García, en nombre y representación de D. Emilio, y, por la misma (...) en la parte dispositiva añadir lo siguiente: "ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Emilio contra la citada Sentencia."*

18. Dado traslado de los recursos, previa reposición de la diligencia de ordenación de fecha 18 de mayo de 2010 por auto de trece de octubre de dos mil diez, el Procurador don MIGUEL ÁNGEL CAPETILLO VEGA, en nombre y representación de la entidad FRED OLSEN, S.A., y la Procuradora doña ISABEL CAMPILLO GARCIA en nombre y representación de D. Emilio y en nombre y representación de don Julián presentaron sendos escritos de impugnación de los recursos formulados de contrario, con base en las alegaciones que entendió oportunas.

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

19. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día catorce de septiembre de dos mil once, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos,

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**NOTA PREVIA:** Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

## PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

### 1. El entramado de intereses

20. En el presente litigio la **sociedad** FRED OLSEN, S.A. demanda a dos personas físicas miembros del Consejo de Administración, por los daños derivados por la utilización que había hecho la compañía PETTER OLSEN A.S. de información y documentación de FRED OLSEN, S.A. que le había sido facilitada a PETTER OLSEN A.S. por los miembros del Consejo de Administración demandados, habida cuenta de que tuvieron acceso a ella precisamente en por su condición de integrantes del órgano de administración de la FRED OLSEN, S.A.

21. Antes de abordar las cuestiones planteadas en los recursos conviene situar el conflicto a decidir en esta sentencia, a grandes trazos y sin pretensión de exactitud descriptiva, a fin de facilitar la comprensión de la controversia a decidir.

#### 1.1. Los grupos enfrentados.

22. Los hermanos don Conrado y don Emilio (en adelante también Emilio ) tienen intereses en diversas compañías por medio de un entramado de **sociedades** dominadas de forma más o menos directa por los mismos y sus parientes, que conforman dos grupos familiares enfrentados que, para facilitar el relato de lo acontecido, identificaremos como GRUPO FRED y GRUPO PETTER.

23. Entre las compañías que forma parte del "GRUPO FRED" se hallan las **sociedades** GINGER ROLF ASA y BONHEUR ASA que, a su vez, son titulares de las acciones de la compañía FRED OLSEN EXPRESS LTD.

#### 1.2. El "PTARMIGAN TRUST"

24. Parte de los intereses de ambos grupos están administrados por el PTARMIGAN TRUST radicado en Liechtenstein, del que son beneficiarios por partes iguales ambos grupos, pero debe actuar con profesionalmente y sin sumisión a los criterios de los beneficios.

25. Entre los intereses gobernados por el PTARMIGAN TRUST se halla la compañía EAGLEVILLE GROUP B.V. (antes THALATTA BV).

#### 1.3. El acuerdo de "escisión".

26. Para resolver las diferencias existentes entre los hermanos, el 24 de septiembre de 1997 suscribieron el que denominaron "acuerdo de escisión" entre cuyos pactos figura el 4 del que se han aportado varias traducciones cuyo contenido sustancial no varía en lo que aquí interesa, a cuyo tenor:

*" Las partes acuerdan que no tendrá lugar ninguna operación de carácter comercial entre las empresas y entidades controladas por Ptarmigan por un lado, y por el otro, las partes de este acuerdo o las **sociedades** o entidades controladas por las partes, sin el consentimiento de la otra parte. Se exceptúan las operaciones mercantiles normales en condiciones de mercado entre **sociedades** que ya hubieran entablado previamente este tipo de relaciones comerciales".*

27. Este acuerdo:

- 1) Fue firmado por don Conrado y don Emilio como personas físicas y por actuando en nombre de las **sociedades** FRED OLSEN TRADING AS y PETTER OLSEN TRADING AS;
- 2) Fue notificado al TRUST en carta conjunta de 30 de septiembre de 1997, que fue contestada el 10 de noviembre de 1997 afirmando tomar nota.

#### 1.4. La compañía FRED OLSEN, S.A.

28. Una de las **sociedades** en las que tienen intereses ambos hermanos es la compañía española FRED OLSEN, S.A. que en la fecha en la que se desarrollaron los hechos explotaba el buque BONANZA EXPRESS.

29. El capital de la compañía está distribuido de la siguiente forma:

- 1) Un 10% es de titularidad del GRUPO FRED por medio de las **sociedades** AS QUATRO (5%) e INVENTO AS (5%).
- 2) Un 10% es de titularidad del GRUPO PETTER por medio de FIRMAMENT AS, **SOCIEDAD** UNIPERSONAL (antes PETTER OLSEN, AS) siendo su Director General don Julián .
- 3) Un 80% lo ostenta EAGLEVILLE GROUP B.V. (antes THALATTA BV).

30. El Consejo de Administración de la **sociedad** estaba integrado por las siguientes personas:

Presidente: Don Conrado (Junior).

Vice-Presidente: Don Saturnino .

Secretario: Don Ángel Jesús (a su vez Consejero Delegado y Director General).

Vocal 1º: Don Conrado (Senior).

Vocal 2º: Don Emilio .

Vocal 3º: Don Efrain .

Vocal 4º: Don Julián (nombrado ese mismo año).

Vocal 5º: Don Leon .

## 2. Los hechos

### 2.1. El acuerdo de arrendar el Bonanza Express.

31. En el año 2000, por razones que no son del caso, la compañía FRED OLSEN S.A. atravesaba una situación económica difícil, razón por la que el 31 de agosto de 2000, tuvo lugar una reunión del Consejo de Administración, en la que don Emilio y don Julián pusieron de relieve a la dirección la necesidad de adoptar medidas en relación con la situación económica de la **sociedad** y de estudiar las soluciones que les parecieron oportunas.

32. En la reunión celebrada el 17 de noviembre de 2000, la dirección de FRED OLSEN S.A. informó al Consejo de Administración que diversas empresas de la órbita del GRUPO FRED, estaban interesadas en fletar el barco "BONANZA EXPRESS" para realizar travesías por el Caribe, cuyo alquiler comenzaría a mitad de febrero de 2001, por un plazo inicial de seis meses, seguido de otro plazo adicional de seis meses más.

33. En dicha reunión, después de ausentarse los señores Conrado padre e hijo, se aprobó por unanimidad la decisión de arrendar el "Bonanza Express", facultándose a don Ángel Jesús para llevar a cabo estas negociaciones, quedando en resolver este asunto en la próxima junta general a celebrar el Oslo el 17 de enero de 2001, votando a favor de dicho acuerdo los demandados don Emilio y don Julián .

### 2.2. La ejecución del acuerdo.

34. En ejecución de dicho mandato, don Ángel Jesús negoció y firmó el oportuno contrato de fletamento *time charter* con la compañía FRED OLSEN EXPRESS. LTD. del "GRUPO FRED" dependiente el 16 de enero de 2001, de lo que fue informado el Consejo de Administración en la reunión celebrada al día siguiente, que, después de ausentarse los señores Conrado padre e hijo, lo aprobó por mayoría, con el voto en contra de don Emilio y don Julián .

### 2.3. La demanda en Noruega.

35. El 1 de febrero de 2001 la compañía PETTER OLSEN AS demandó a FRED OLSEN TRADING A.S. ante la Court of Enforcement de Ytre Follo (Noruega), solicitando que se le ordenase ejercer su posición de propiedad tanto en la compañía BONHEUR ASA como en GANGER ROLF ASA a fin de impedir la entrega de la posesión del "Bonanza Express" a FRED OLSEN EXPRESS. LTD.

36. En el desarrollo del litigio, que finalizó por resolución desestimatoria el 1 de marzo de 2001, intervino de forma activa en el desarrollo del litigio don Julián .

37. No consta acreditado que la actuación de los demandados ni la iniciativa emprendida por la entidad "Petter Olsen A.S." ante el tribunal de Ytre Follo provocase retrasos en la entrega del buque, ni derivasen daños y perjuicios materiales.

### 2.4. Los acuerdos de ejercitar la acción de responsabilidad.

38. En la Junta General de 23 de junio de 2003 se adoptó el acuerdo de ejercitar la acción social contra don Emilio y don Julián que, impugnado, fue declarado nulo por sentencia de 18 de marzo de 2004 .

39. El 3 de junio de 2004 se adoptó un nuevo acuerdo de ejercitar la acción social contra don Emilio y don Julián , en cuya ejecución se ha interpuesto la demanda inicial del presente litigio.

### 2.5. Otros litigios.

40. Consta la existencia de otros litigios entre el GRUPO FRED y el GRUPO PETTER entre los que destaca el laudo arbitral dictado en Oslo el 14 de enero de 2002 en relación con cumplimiento del acuerdo de escisión.

## 3. Posición de la demandante

41. La **sociedad** demandante FRED OLSEN, S.A, ejercitó la acción social de responsabilidad social contra los **administradores** por haber faltado a los deberes de lealtad y de **secreto** y solicitó la condena solidaria de los mismos a pagar 18.409 euros, por daños directos: más la suma de 2.036,120 euros por daño emergente,



más la suma de 7.768.622 euros por lucro cesante (en total por daños 9.804.743 euros), así como al pago de intereses desde la interpelación judicial y además, al pago de la suma de 1.000.000 euros por daños morales.

#### 4. Posición de los demandados

42. Los demandados se opusieron a la demanda con base en la licitud de su actuación y la inexistencia de daños derivados de la misma ya que los sufridos por la **sociedad** fueron debidos a las condiciones del fletamento desfavorables para FRED OLSEN, S.A. y beneficiosas para FRED OLSEN EXPRESS LTD.

#### 5. La sentencia de la primera instancia

43. La sentencia de la primera instancia razonó que "no hubo incumplimiento del deber de **secreto** por parte de los demandados. Rasgado el velo, desaparecen en puridad el tercero y la divulgación, que son elementos del tipo", y desestimó la demanda.

#### 6. La sentencia de la segunda instancia

44. La sentencia de la segunda instancia en primer término sostuvo la deslealtad de los **administradores** demandados dado que:

1) La entrega de información y documentación constituyó una violación del deber de **secreto**, al transmitir a un tercero información confidencial que los demandados habían obtenido en su calidad de miembros del Consejo de Administración.

2) La confidencialidad de la información viene determinada por el uso perverso que se iba a hacer de la misma.

3) El comportamiento iba dirigido expresamente a causar perjuicio al interés social impidiendo el cumplimiento de los compromisos asumidos con un tercero, lo que potencialmente podía ser causa de enorme daño a la misma.

4) El arrendamiento del buque resultó ser beneficioso para la **sociedad**.

45. En segundo término, la sentencia declaró la falta de prueba de la existencia de daño dimanante de la actuación de los **administradores** demandados.

#### 6. El recurso Los recursos

46. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial recurrente y recurridos interpusieron sendos recursos de casación con base en los motivos indicados en el antecedente de hecho sexto de esta sentencia, de los que solamente examinaremos el primero dada la pérdida de interés de la decisión sobre los demás.

SEGUNDO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN DE Emilio Y Julián

##### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

47. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por don Emilio y don Julián se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción -por interpretación indebida con vulneración del artículo 3.1 del Código Civil - del artículo 127 párrafos primero y segundo del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , en su redacción aplicable al caso, sobre las obligaciones de guardar **secreto** y de lealtad de los **administradores**.*

48. En su desarrollo la recurrente sigue cuatro líneas argumentales:

La primera sostiene que no es aplicable el artículo 127 quáter de la Ley de **Sociedades** Anónimas introducido por la Ley de 17 de julio de 2003, sino el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , salvo en lo que resulte más favorable a los **administradores** demandados.

La segunda impugna el carácter confidencial del contrato.

La tercera sostiene la inexistencia de cesión de información.

La cuarta mantiene la legitimidad del comportamiento de los **administradores** demandados.

##### 2. Valoración de la Sala.

2.1. El deber de confidencialidad en la Ley de **Sociedades** Anónimas de 1989 .

49. En 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.

50. Tratándose de **Sociedades** Anónimas el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en la redacción vigente en el momento de desarrollo de los hechos litigiosos, disponía en el número 1 que " Los **administradores** desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal"; y en el número 2 que " Deberán guardar **secreto** sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones".

51. Pues bien, en contra de lo pretendido por los recurrentes, la modificación operada en el Texto refundido de 1989 por la Ley de 17 de julio de 2003 que, por un lado, al tratar del deber de diligente administración, mantuvo la exigencia genérica de desempeño del mismo con la diligencia de un representante leal y, por otro, detalla en el artículo 127 ter las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad en los supuestos de conflictos de interés directo, y desarrolla el deber de **secreto** en el 127 quáter -hoy artículos 226 y 232 del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** de Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio - nada añade en este extremo al régimen anterior, ya que pese a configurarlo como un deber autónomo supone una simple concreción dirigida a potenciar la observancia de la cláusula general y a fijar pautas de comportamiento que ya eran exigibles bajo la inconcreta fórmula genérica.

## 2.2. El deber de confidencialidad en las **sociedades** capitalistas.

52. No obstante lo expuesto, a efectos de esta sentencia resulta útil la previsión contenida en el artículo 232.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de **Sociedades** de Capital, a cuyo tenor " Los **administradores**, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar **secreto** de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social", de cuyo análisis se deduce que para que exista deber de confidencialidad es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que la información de cualquiera que sea su naturaleza -datos, informes o antecedentes- sea confidencial.
- 2) Que el conocimiento de la información se haya adquirido "como consecuencia del ejercicio" del cargo, aunque no necesariamente "en el ejercicio" del mismo.
- 3) Que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo para el interés social.

53. A lo expuesto cabe añadir que para que se vulnere el referido deber es preciso:

- 1) Que la información se comunique o divulgue a terceros.
- 2) Que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado.

## 2.3. Estimación del motivo.

54. En el presente supuesto, el motivo debe ser estimado por las siguientes razones:

### 2.3.1. Los límites objetivos al **secreto**.

55. Aunque en contra de lo que pretenden los recurrentes no resultan aplicables de forma mimética las reglas contenidas en el artículo 39 del Acuerdo de Marrakech de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que al definir los **secretos** comerciales o industriales exige que se trate de información secreta, que tenga valor comercial por ser secreta y que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, ya que el deber de reserva de los gestores, como lógica contrapartida de la conjunción de la relación de confianza y del derecho a obtener información y del deber de indagar que les imponía el artículo 127.2 de la Ley de **Sociedades** Anónimas -y hoy impone el 225.2 de la Ley de **Sociedades** de Capital-, es mucho más exigente que el que impone la lealtad de la competencia en el mercado, es lo cierto que el primero de los requisitos precisos para la vulneración del deber de confidencialidad es que la información sea "confidencial", lo que si bien en defecto de previsión normativa específica -a diferencia de otros sistemas como el francés que en el artículo L 225-92 (*Les membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions de ces organes, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président*) - puede afirmarse como regla general a necesidad de discreción en el ejercicio de funciones de confianza, especialmente en los casos en los que la **sociedad**, a fin de evitar los eventuales errores de los Consejeros en el juicio de confidencialidad, así lo impone mediante la suscripción de los llamados pactos





de confidencialidad, no puede afirmarse sin más de la totalidad de los acuerdos adoptados en el seno del Consejo de Administración, y en el presente caso no puede compartirse la valoración que efectúa la sentencia recurrida según la cual *"La confidencialidad de la información viene determinada por el uso perverso que se iba a hacer de la misma"*, lo que hace referencia no tanto a la información comunicada ni al potencial lesivo de la comunicación, sino al concreto uso que se hizo de la misma, extremo sobre el que después entraremos con más detalle.

### 2.3.2. La relatividad de los límites subjetivos.

56. No le falta razón a la recurrida cuando afirma que la vida societaria y el ordenado desarrollo de la actividad del Consejo de Administración de las **sociedades** capitalistas no están diseñados en nuestro sistema en régimen asambleario, por lo que no es precisa la información a los accionistas, ni siquiera a quienes ostentan minorías relevantes e incluso mayorías, de los acuerdos del órgano de administración dentro de sus competencias empresariales, pero:

1) El deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de "tráfico peligroso" en las que el deber de transparencia exige, a salvo supuestos singulares, la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas, a fin de potenciar el control de las decisiones del órgano de administración, no siempre orientadas a la persecución del interés de la **sociedad**, como se evidenciaba en las fechas en que se desarrollaron los hechos las previsiones contenidas en los artículos 143.1 y, especialmente 115.1 de la Ley de **Sociedades Anónimas** -"podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que (...) lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la **sociedad**- y hoy en los artículos 251.1 y 204.1 de la Ley de **Sociedades** de Capital - *Son impugnables los acuerdos sociales que (...) lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*".

2) No cabe identificar el derecho de los accionistas a recibir información como mecanismo de control del desarrollo de la actividad social en los términos previstos en los artículos 112 y 212 de la Ley de **Sociedades Anónimas** -incluidos los informes de gestión y de los auditores-, con la prohibición a los **administradores** de facilitar información pertinente a los mismos fuera de dicho momento, máxime en aquellos supuestos en los que esta información viene exigida de forma expresa por un pacto parasocial como fórmula de control de la transparencia de la gestión, que si bien no vincula a la **sociedad** ni a los socios que no suscribieron el pacto, no puede ser totalmente ignorado sin faltar a los deberes de comportamiento de buena fe por quien "tomo nota" sin mostrar su oposición al mismo.

### 2.3.3. Inexistencia de "comunicación".

57. En contra de lo mantenido por la sentencia recurrida, para llegar a la conclusión de que no existe comunicación cuando quien observa determinado comportamiento utiliza información en su condición de **administrador**, no es preciso utilizar la teoría del levantamiento del velo, ya que la personalidad jurídica no permite prescindir de la realidad material y confundir la doble condición o desempeño de diferentes funciones por una persona física con una esquizofrénica comunicación de conocimientos a sí misma, en cuyo caso no entra en juego el deber de confidencialidad, sino el de pasividad o abstenerse de actuar como concreta manifestación del deber de lealtad que exige no observar comportamientos que causan o pueden causar daños a la **sociedad** administrada, con independencia de que, además exista o no una desviación de valor de la esfera social a la esfera personal del **administrador**.

58. Dicho de otra forma no puede sostenerse que fueron los codemandados y no el propio Consejo quien informó a FIRMAMENT AS (antes PETTER OLSEN, AG.) desde el momento en que el accionista único y el Director general de la compañía no dejaron de serlo mientras asistían a la sesión del órgano de administración.

### 2.3.4. El principio de indemnidad.

59. Finalmente, el deber de confidencialidad no lo adquiere el **administrador** con el órgano de administración, sino con la **sociedad** cuyos intereses pueden exigir que se desvelen acuerdos confidenciales e incluso que se impugnen -en este sentido el artículo 133.3 de la Ley de **Sociedades Anónimas** de 1988 y hoy el 237 de la Ley de **Sociedades** de Capital disponen que para eximirse de responsabilidad los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución "desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél"- o, dicho de otro modo, el deber de confidencialidad debe enmarcarse dentro de la lealtad a la **sociedad** que puede exigir se desvelen informaciones cuya ocultación precisamente puede ser perjudicial para los intereses de la **sociedad**, por lo que, como en el ámbito laboral pero en tesis aplicable al supuesto examinado, como



afirma la sentencia 75/2010, de 14 de octubre, del Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce cuando por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino también cuando se sanciona el ejercicio de una acción judicial, o la realización por el demandante de actos preparatorios o previos necesarios a tal efecto, sin que sea exigible que la actuación del **administrador** disidente deba necesariamente encauzarse por la vía de la impugnación de acuerdos del Consejo ya que la norma exige hacer "todo lo conveniente para evitar el daño", lo que no está reñido con una pretensión que, en contra de lo argumentado, no se dirigía a evitar el cumplimiento de lo contratado por la **sociedad**, por la evidente razón de que la misma no era la demandada ante los tribunales noruegos.

### 2.3.5. El abuso del derecho a litigar.

60. Proscrito en nuestro sistema el ejercicio arbitrario del derecho y el posible abuso del litigio (entre otras, sentencia 598/2010, de 14 de octubre), lo expuesto ni da cobertura a decisiones irrazonables en el seno del Consejo ni tolera el ejercicio arbitrario por los **administradores** de acciones judiciales u otros comportamientos obstativos al regular funcionamiento de la **sociedad** y al normal desarrollo de su actividad, no obstante lo cual estos extremos no se han planteado en el litigio, razón por la que, a efectos de evitar equívocos -singularmente en nada afecta al laudo dictado en Oslo el 14 de enero de 2002-, será conveniente y suficiente dejar constancia expresa en esta sentencia, no sin señalar que el contrato -cuya ejecución se declara beneficiosa para la **sociedad** en la sentencia recurrida- no se declara probado, sin embargo, que fuese la mejor de las posibles opciones para la compañía demandante.

### TERCERO: INNECESARIEDAD DEL EXAMEN DE LOS DEMÁS MOTIVOS

61. La estimación del primer motivo del recurso es determinante de que retomemos la instancia y revoquemos la sentencia recurrida y confirmemos la sentencia de la primera instancia excepción hecha del pronunciamiento sobre costas procesales, por lo que pierde interés el examen de los demás motivos de los recursos interpuestos por don Emilio y don Julián.

62. Igualmente carece de interés el análisis del recurso interpuesto por FRED OLSEN, S.A. ya que ambos se sustentan en la existencia de vulneración por los demandados de los deberes de lealtad y confidencialidad que hemos desestimado, a lo que hay que añadir que:

- 1) No carecen de trascendencia de las pretendidas "manifestaciones retóricas" referidas al daño moral por ser mas importante "el fuero que el huevo".
- 2) No se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal ante la falta de pronunciamiento de la sentencia recurrida en relación con el daño moral reclamado; y
- 3) Ambos motivos incurren en el defecto de técnica casacional tantas veces reiterado por esta Sala de enunciar como infringidos, además de los preceptos concretamente citados los "concordantes" introduciendo una inconcreción tantas veces determinante del rechazo del motivo.

### CUARTO: COSTAS

63. La ausencia de jurisprudencia sobre las cuestiones debatidas en las diferentes fases del litigio -delimitación del alcance de los deberes de lealtad y confidencialidad en relación con los socios de una **sociedad** cerrada en la que existen pactos parasociales, procedencia de la declaración de deslealtad sin generación de daños materiales, posibilidad de daño moral de la persona jurídica derivada de la vulneración por los **administradores** de sus deberes frente a la **sociedad**- lo que ha llevado a las concienzudamente estudiadas decisiones contrapuestas de los tribunales de instancia, justifican que no haya lugar a la imposición de las costas procesales.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por FRED OLSEN, S.A. representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don MIGUEL ANGEL CAPETILLO VEGA, contra la sentencia dictada con fecha veintiocho de marzo de dos mil siete, por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el rollo de apelación 503/2006, dimanante de los autos de juicio ordinario 617/2004 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santa Cruz de Tenerife.

Segundo: Estimamos los recursos de casación interpuestos respectivamente por don Emilio y por don Julián, contra la indicada sentencia dictada con fecha veintiocho de marzo de dos mil siete, por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el rollo de apelación 503/2006 y, casándola, dejamos



sin efecto dicha sentencia y en su lugar confirmamos la sentencia de la primera instancia, excepción hecha del pronunciamiento sobre costas, y fallamos q *ue desestimando la demanda formulada por el Procurador don JOSÉ ALBERTO POGGIO MORATA en representación de FRED OLSEN, SA contra dos Emilio y don Julián , debemos absolver y absolvemos a éstos de los pedimentos contenidos en la misma.*

Tercero: No ha lugar a la imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Cuarto: No ha lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios Jesus Corbal Fernandez Jose Ramon Ferrandiz Gabriel Antonio Salas Carceller Encarnacion Roca Trias Rafael Gimeno-Bayon Cobos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO