Dos apuntes en torno al deber de lealtad: el caso Unión Fenosa Gas

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de GA_P

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 3 de marzo del 2017 contiene interesantes consideraciones sobre dos cuestiones relacionadas con el régimen del deber de lealtad de los administradores de sociedades de capital. De un lado afirma la inviabilidad de formular pretensiones meramente declarativas con respecto a tales deberes (en la medida en que tengan carácter puramente instrumental con respecto a otras pretensiones). De otro lado niega legitimación a unos administradores para, en nombre propio, reclamar de otros el cumplimiento de los deberes de lealtad inherentes al cargo.

1. Antecedentes

Cuatro consejeros de la compañía Unión Fenosa Gas, S. A., demandaron a otros cinco consejeros y a la propia sociedad solicitando 1) que se efectuara un conjunto de declaraciones vinculadas con la alegada violación por estos últimos de sus deberes de lealtad y 2) que se declarara la consecuente nulidad de determinados acuerdos del Consejo de Administración de Unión Fenosa Gas, S. A. (en realidad, como luego se verá, se trataba de «no-acuerdos») en cuya votación no se abstuvieron los consejeros demandados (a los que se achacaba la infracción de su deber de abstención).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Los demandantes habían sido designados miembros del órgano de administración a propuesta de ENI SpA (ENI) mientras que los demandados lo habían sido a propuesta de Gas Natural SDG, S. A. Estas sociedades eran las dos únicas accionistas, con participaciones idénticas, de Unión Fenosa Gas, S. A. El problema surgió en relación con determinados contratos de suministro («contratos relevantes», por medio de los cuales se llevaba a cabo la comercialización *downstream* de gas) suscritos por esta última compañía con ciertas comercializadoras (Gas Natural Comercializadora, Nueva Generadora del Sur y Gas Natural Fenosa) pertenecientes al grupo Gas Natural Fenosa y con Unión Fenosa Gas Comercializadora (compañía participada por Unión Fenosa Gas, S. A., en más de un 99 %). En efecto, los consejeros demandantes estimaban que, a la vista de los problemas derivados de la disminución del suministro de gas procedente de Egipto (aprovisionamiento *upstream*), debía activarse —mediante el pertinente acuerdo del Consejo de Unión Fenosa Gas, S. A.— la cláusula de «fuerza mayor» presente en los referidos «contratos relevantes», con suspensión de las prestaciones correspondientes. Los consejeros demandados eran de la opinión contraria y consideraban que tales contratos habían de cumplirse.

Cuando la cuestión se planteó en el seno del Consejo de Administración (sesión de 20 de marzo del 2013), estos últimos consejeros (los demandados) entendieron que no pesaba sobre ellos deber alguno de abstención y votaron en contra de la propuesta del presidente (consejero designado también a propuesta de ENI, pero que no actuó como demandante) de «declarar la fuerza mayor en los contratos relevantes». En consecuencia, el acuerdo no pudo ser adoptado al producirse un empate a cinco votos.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de los de Madrid dictó la Sentencia de 30 de octubre del 2013 (Sentencia núm. 246/2013; Id Cendoj: 28079470032013100003), en la que se desestimó la pretensión impugnatoria de los acuerdos del Consejo y, con estimación parcial de la demanda deducida contra los consejeros nombrados a propuesta de Gas Natural SDG, S. A.: 1) se declaró que tales consejeros se hallaban en una situación de conflicto de intereses en relación con la declaración de fuerza mayor en los contratos de suministro relevantes y que habían incumplido el deber de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones del Consejo de Administración celebrado el 20 de marzo del 2013; y 2) se los condenó a no intervenir en un futuro en las votaciones que, en su caso, se efectuaran en el seno del Consejo de Administración de Unión Fenosa Gas, S. A., sobre la declaración de fuerza mayor en los contratos mencionados.

La sentencia de primera instancia fue apelada por los consejeros demandados (obsérvese que quedó así firme el pronunciamiento desestimatorio de la impugnación). El recurso fue resuelto mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, de 3 de marzo del 2017 (Sentencia núm. 110/2017; Id Cendoj: 28079370282017100295), que estimó el recurso de apelación y revocó los pronunciamientos estimatorios del juzgado.

La Audiencia no entró a debatir sobre todas las cuestiones pormenorizadamente analizadas en la sentencia de primera instancia (entre ellas, la del alcance del concepto de conflicto de intereses en sociedades conjuntas o en sociedades «vehículo» en las que las operaciones vinculadas constituyan parte esencial de su actividad). Por lo que ahora nos interesa, la Audiencia Provincial se centró en dos temas referentes al régimen jurídico del deber de lealtad, ambos vinculados con la legitimación de los actores (a saber, la viabilidad de solicitar de los tribunales meras declaraciones relativas a estos deberes de lealtad y la posibilidad de que unos administradores soliciten que se condene a otros a cumplir dichos deberes). Seguidamente trataremos de sintetizar la doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid en cuanto a estos dos extremos.

2. Sobre la naturaleza puramente «instrumental» de la declaración de que los administradores habían incumplido su deber de abstención y que se encontraban incursos en situación de conflicto de intereses

- a) Los consejeros demandados y apelantes se alzaron, de una parte, contra la declaración judicial de que habían incumplido la obligación de abstenerse de intervenir en los acuerdos adoptados en la reunión del Consejo de Administración de Unión Fenosa Gas, S. A. , celebrada el 20 de marzo del 2013.

Al hilo esta pretensión y del problema de la concurrencia (o ausencia) de legitimación activa, la Audiencia entró a considerar la viabilidad de las pretensiones meramente declarativas desde la óptica de la presencia de un interés legítimo por obtener la tutela judicial solicitada. A tal efecto recordó que, cuando se persigue la condena del demandado a determinada prestación, la necesidad de tutela está implícita en la propia pretensión. Pero que la situación presenta perfiles diferentes cuando la pretensión es meramente declarativa (como era, en el caso, la de que se declarara que se había producido el incumplimiento de una determinada obligación). En efecto, en estos casos es preciso que el actor especifique el interés que ostenta (el cual, generalmente, se corresponderá con la necesidad de la declaración de un derecho o de una determinada situación jurídica como medio para impedir un perjuicio en la esfera jurídica propia).

Partiendo de esta idea, la sentencia ahora comentada entiende que no hay obstáculo para admitir que unos consejeros soliciten que se declare que otros miembros del órgano incumplieron 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». Ahora bien, hay que tener en cuenta que si, finalmente, tal pretensión impugnatoria resulta desestimada, la pretensión declarativa que le sirvió de base se manifiesta como carente de interés y no puede subsistir por sí sola (la Audiencia encuentra apoyo para esta formulación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre del 2011 [RJ 2012\1249], que también calificó de instrumental

la relación entre la declaración de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los administradores y la exigencia de responsabilidad).

En suma, según la Audiencia Provincial no resulta viable un pronunciamiento que se limite a declarar que determinados administradores incumplieron el deber de abstención (recogido en la actualidad en el artículo 228c de la Ley de Sociedades de Capital o LSC y, hasta el 2014, en el artículo 229.1 de la misma ley). Y ello porque tal declaración posee un carácter «meramente instrumental» respecto de la petición de que se declaren nulos los acuerdos del órgano de administración adoptados sin haberse respetado tal deber de abstención. De modo que, una vez desestimada en firme esta pretensión impugnatoria, no concurre un verdadero y propio interés que ampare el ejercicio de una acción tendente a obtener la declaración referida.

- b) Por las mismas razones, la Audiencia Provincial consideró que no procedía atender la pretensión de que se declarase que los consejeros demandados estaban incurso en una situación de conflicto de intereses en relación con las cuestiones relativas a los «contratos relevantes». En efecto, la Audiencia señaló que se trataba de una declaración que se limitaba a funcionar como presupuesto de la petición de declaración de nulidad de los acuerdos sociales. Por ello, dado su carácter *instrumental*, una vez rechazada la pretensión impugnatoria a la que servía de base, aquella declaración quedaba privada de utilidad e interés y, por tanto, devino inviable.

3. Sobre la imposibilidad de que unos consejeros soliciten que se condene a otros consejeros a no intervenir en futuras votaciones en el seno del Consejo

Los apelantes también discutieron la legitimación de los demandantes para solicitar que se les condenara a no intervenir en el futuro en las deliberaciones y votaciones que pudieran tener lugar en el seno del Consejo de Administración de Unión Fenosa Gas, S. A., sobre los «contratos relevantes».

A este respecto, la Audiencia señaló (con apoyo en autorizada doctrina) que la petición de que se condene a los demandados a no intervenir en las futuras deliberaciones y votaciones relativas a los «contratos relevantes» sólo puede ser entendida como una acción de cumplimiento de los deberes de lealtad que pesan sobre los administradores de las sociedades de capital (y, en concreto, como la acción de cumplimiento del deber que se impone a los administradores incurso en una situación de conflicto de intereses de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a la que venga referido el conflicto). Estos deberes se originan y se desarrollan en el marco de la relación contractual existente entre la sociedad administrada y sus administradores, vínculo que —según la Audiencia Provincial de Madrid— ha de calificarse de «contrato o relación especial de administración» (especie de las denominadas *relaciones de gestión*) y del que derivan ciertos deberes fiduciarios, entre ellos, el de lealtad (que se concreta en la «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 éste sobre los de aquél» —STS de 4 de octubre del 2011 [RJ 2012\759]—).

Por tanto, y dado que los consejeros demandantes son extraños al contrato de administración que vincula a la sociedad y los administradores demandados, carecen aquéllos de legitimación para reclamar de éstos el cumplimiento de dicho contrato y, en particular, de los deberes fiduciarios nacidos de él. En otras palabras: a falta de norma especial que disponga otra cosa, la tutela judicial solicitada (condena al cumplimiento del deber de lealtad, de naturaleza contractual) sólo puede ser requerida por el titular de la relación contractual, esto es, por la sociedad administrada.

No es obstáculo para esta conclusión la denominada «utilizabilidad» o «invocabilidad» del contenido del contrato por el tercero, figura que no puede justificar que un extraño al contrato reclame de alguno de los contratantes, precisamente, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (su verdadero sentido estriba en admitir que un tercero pueda fundamentar eventualmente en un negocio ajeno una pretensión propia y diferenciada contra alguna de las partes de aquél). Como tampoco supone objeción decisiva lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital porque, si bien es cierto que la salvaguardia de la legalidad del órgano de administración es inherente al deber de diligencia que recae sobre los administradores, ello no puede convertirse en una fuente de legitimación para solicitar algo que sólo compete reclamar a la compañía.