

Mercantil

Precontrato para el nombramiento de administrador en sociedad filial

El Tribunal Supremo entiende que la relación entablada entre la sociedad demandada y el actor con vistas al nombramiento de éste como consejero en una filial de la primera tenía la naturaleza de un verdadero «precontrato» y ello la obligaba, en su condición de entidad dominante, a realizar las actuaciones precisas para que se produjera dicha designación.

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

Se demandó a una sociedad anónima cotizada por incumplimiento de contrato reclamando una indemnización por daños y perjuicios. El contrato que se estimaba incumplido tenía por contenido el nombramiento del actor como administrador —primero— y como consejero delegado —después— de una sociedad dominada por la compañía demandada. Con carácter previo a este nombramiento, y por la incompatibilidad existente, el actor debía poner fin a su relación de prestación de servicios de alta dirección con determinado grupo empresarial extranjero competidor (cosa

que efectivamente hizo). El incumplimiento aducido —finalmente no se llevó a cabo la designación prevista— se debió a un cambio en el accionariado de la demandada (vía aumento de capital) que determinó una alteración en la composición de su órgano de administración y en el de la sociedad filial en el que debía integrarse el demandante; esta alteración se tradujo, finalmente, en el nombramiento de un consejero delegado distinto al inicialmente previsto.

La demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia (con una reducción substancial de la indemnización

concedida con respecto a la reclamada). Los recursos de apelación de ambas partes fueron desestimados por la Audiencia Provincial (SAP Madrid [19.ª] 403/2018, de 7 de noviembre [ECLI:ES:APM:2018:18843]). Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2021, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4948), estimó el recurso de casación formulado por el demandante (referido a la cuantía de la indemnización) y resolvió que la base de la liquidación de la indemnización solicitada debía venir constituida por las cantidades dejadas de percibir por el actor como consecuencia de la resolución de su relación contractual con el grupo empresarial al que antes estuvo vinculado (importes de los que habrían de deducirse los eventualmente percibidos por cualquier otra actividad profesional que no habría podido desarrollar en caso de que finalmente hubiera sido nombrado administrador según lo previsto).

Por el contrario, se desestimaron los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por ambas partes y el de casación presentado por la demandada.

En este último recurso —articulado en cuatro motivos— se venía a discutir, en sustancia, si la relación entablada entre las partes —evidenciada en diversos actos y comunicaciones— debía calificarse de precontrato (tesis sostenida por la Audiencia) o de meros tratos preliminares (opinión defendida por la demandada recurrente) y las consecuencias de tal calificación.

En estas líneas nos centraremos, precisamente, en cómo se trata y resuelve esta última cuestión en la sentencia reseñada, cuya argumentación giró, en síntesis, en torno a las ideas que se exponen seguidamente.

2. Precontrato frente a tratos preliminares

2.1. La existencia de un verdadero precontrato de administración societaria. Formación y contenido obligacional

Partiendo de que la interpretación de los contratos compete a los tribunales de instancia y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a las normas legales que regulan la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario, la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2021 respaldó la calificación de la relación existente entre las partes del litigio como precontrato.

En efecto, siguiendo lo ya señalado en su Sentencia 60/2008, de 30 de enero, el Tribunal Supremo recordó las siguientes características de esta figura: a) es un proyecto de contrato, en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro; b) contiene ya los elementos del contrato definitivo, cuya perfección las partes aplazan; c) ya es un contrato completo que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo; d) la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado, y e) no se necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio precontractual. Así pues, el llamado *precontrato*, *contrato preliminar* o *preparatorio* o «*pactum de*

contrahendo» tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior; su efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes (STS 788/2005, de 13 de octubre). Por tanto —añade el Tribunal Supremo— el precontrato supone el final de los tratos preliminares y no constituye una fase de ellos.

Con base en las consideraciones expuestas sobre la figura del precontrato, el Tribunal Supremo asumió en sus puntos esenciales la argumentación de la Audiencia para concluir —en contra de lo alegado por la demandada— que, efectivamente, concurrió en este caso el consentimiento de las partes sobre el objeto y la causa del contrato y que, por tanto, existió un verdadero precontrato de administración y no unos «meros» tratos preliminares. Según afirma la Sentencia 913/2021, hubo, de un lado, una oferta contractual —contenida en una carta dirigida por la demandada al actor el 26 de septiembre del 2014— en la que quedaron definidos los elementos básicos del contrato, esto es, el hecho del nombramiento del actor como consejero (para, posteriormente, ser nombrado consejero delegado), las condiciones económicas o retributivas aplicables (retribución fija, *bonus* y aportaciones al plan de pensiones) y la fecha en que dicho nombramiento había de tener lugar (el 19 de noviembre inmediato, con efectos el 1 de diciembre). Por otro lado, y según recordó

también la Audiencia, la aceptación de las condiciones ofertadas, si bien no constó documentalmente, se produjo de forma tácita y quedó evidenciada en los propios actos del actor, muy especialmente en la resolución por parte del demandante —como era preceptivo según los estatutos de la compañía en cuyo consejo debía integrarse— de su relación de prestación de servicios (alta dirección) con otro grupo empresarial que había de estimarse competidor.

El Tribunal Supremo subrayó que, de esta manera, y complementado por las previsiones legales y estatutarias aplicables, quedó prefigurado el contenido de la relación (orgánica y contractual) de servicios (de administración y representación) que debía instaurarse entre la sociedad filial de la demandada y el actor como consejero delegado (y que, en su momento, debería quedar reflejado también en un contrato, conforme al artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital).

En otros términos: según la resolución comentada, quedaron concretadas las condiciones del contrato (de administración ejecutiva) que había de llevarse a efecto y su fecha de efectividad, sin que fueran precisas nuevas declaraciones de voluntad, sino la realización de los actos de ejecución necesarios para hacer posible la realidad del nombramiento.

En concreto, por parte de la sociedad demandada resultaba necesario el acuerdo previo de su consejo de administración, al cual había de sumarse el posterior de la junta general de su filial

de designación del nuevo consejero; adicionalmente, para el nombramiento del actor como consejero delegado era precisa la conformidad de, al menos, las dos terceras partes de los miembros del consejo de la sociedad dominada. Para la solución del caso era importante tener en cuenta —y así lo subrayó el Tribunal Supremo— que estas decisiones y actos dependían, de hecho, de la voluntad de la demandada, dada su condición de socio mayoritario y dominante de la compañía de la que debía ser designado administrador el demandante.

Y, por parte del demandante, había de formalizarse —como ya se ha indicado— la resolución del contrato que lo vinculaba como alto directivo con otro grupo empresarial (lo que se ejecutó mediante la suscripción en diciembre del 2014 del llamado *Acuerdo Mutuo de Rescisión*).

2.2. *El incumplimiento de la obligación asumida por la dominante de procurar que los órganos de la filial adoptaran determinadas decisiones*

Según señaló el Tribunal Supremo, el precontrato de administración concluido obligaba a las partes a colaborar para establecer el contrato definitivo (art. 1258 CC). Lo que sucedió es que dicha obligación fue incumplida por la compañía demandada (mientras que, por el contrario, el demandante, al resolver eficazmente el contrato de alta dirección suscrito con otra sociedad, sí llevó a cabo las actuaciones precisas para poner en vigor el contrato). Como apuntó la sentencia de segunda instancia, no se trató del incumplimiento

por parte de la filial del contrato de administración (ya que nunca se llegó a producir el nombramiento); de hecho, no se demandó a esta compañía, sino a la matriz, en razón del incumplimiento de lo que le correspondía realizar en virtud del acuerdo alcanzado.

En su defensa, la demandada desgranó un conjunto de razones que venían a negar, con diversos fundamentos, que fuera procedente reconocer al actor del derecho cualquier indemnización por daños y perjuicios. Todos estos motivos resultaron desestimados en la sentencia reseñada. Veámoslo brevemente:

- a) El Tribunal Supremo se detuvo, en primer lugar, en examinar la alegación relativa a que el precontrato —caso de existir, lo que la demandada negaba— debía considerarse nulo por infringir los artículos 249, 249 bis, 529 *terdecies* y 529 *quindecies* de la Ley de Sociedades de Capital. Básicamente se aducía que el nombramiento de consejero delegado constituye una competencia indelegable del consejo de administración de la sociedad en cuestión (la filial), de forma que en ningún caso podía la demandada asumir contractualmente el compromiso de su designación. Lo pactado, por tanto, era contrario al régimen legal imperativo.

La sentencia reseñada no compartió, sin embargo, la tesis de la demandada. Antes bien, entendió que el nombramiento por los órganos de

la sociedad filial de la demandada —que resultaba necesario para el buen fin de lo acordado— constituía una actuación que debía ser procurada por la propia demandada. De esta manera, adoptando decisiones que estaban en su mano por su condición de socio mayoritario y dominante, habría satisfecho su obligación de colaborar activamente en el cumplimiento del precontrato. En suma: el cumplimiento cabal del precontrato que vinculaba a demandante y demandada no habría supuesto infracción alguna de las normas societarias imperativas. Por el contrario, simplemente requería de la compañía demandada la promoción de las actuaciones necesarias para cumplir tales normas.

- b) En relación con lo anterior cabe señalar que la demandada adujo también que la infracción de meros tratos preliminares —que, según su criterio, es lo que existió entre las partes— no puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios y que, en todo caso, la decisión de no nombrar consejero delegado a una determinada persona, por ser una decisión «soberana» y corresponder en exclusiva al órgano de administración, no puede dar lugar a una obligación de reparar a cargo de la sociedad o de sus socios.

Pues bien, en la sentencia reseñada se indicó que el recurso pararía en este punto de una premisa inexacta, puesto que se había rechazado que las relaciones enta-

bladas entre las partes litigantes se redujeran a meros tratos preliminares. Pero, además, se añadió que el hecho de que el consejo de la sociedad dominada por la demandada sea «soberano» para decidir sobre el nombramiento de su consejero delegado no contradice lo anterior. En efecto, ya quedó apuntado con anterioridad que la demandada se obligó mediante el precontrato a colaborar de forma activa para que finalmente se produjese ese nombramiento, lo que entraba dentro de su ámbito de poder decisorio al ostentar la posición de socio mayoritario y dominante.

Y, si este nombramiento no llegó a producirse como estaba previsto (y comprometido), fue porque, debido a las negociaciones entre la demandada y un grupo inversor, cambió la composición del consejo de administración de aquella compañía y de los consejos de sus participadas y filiales. Ello determinó que no se designara para el puesto de consejero delegado al actor, sino a otra persona. En términos prácticos, la demandada se desentendió de los compromisos contraídos en el precontrato para dar curso y satisfacer otras obligaciones (incompatibles con dichos compromisos) asumidas frente a otros sujetos.

- c) Adicionalmente, el Tribunal Supremo negó que se hubiera producido un incumplimiento voluntario por parte del propio demandante que la demandada cifraba en que no

habría aceptado su nombramiento en la fecha que se le propuso inicialmente, esto es, el 1 de diciembre del 2014 (a este respecto, subrayó que, en una reunión celebrada en septiembre del 2014, la Comisión de Nombramientos y Retribuciones del consejo de la sociedad filial de la demandada acordó proponer el nombramiento del actor como nuevo administrador y consejero delegado con efectos de 1 de diciembre del 2014).

El alto tribunal analizó los hechos acreditados y concluyó que el precontrato no estaba sometido a condición (no lo era la necesaria resolución del contrato del demandante con el grupo empresarial al que prestaba servicios como alto directivo) y que la fecha prevista para la efectividad de su nombramiento no se fijó con el carácter de término esencial (carácter que tampoco podía estimarse implícito en lo pactado). Por tanto, en estas condiciones, el retraso en la fecha propuesta en un principio no podía tener transcendencia resolutoria ni justificar el incumplimiento recíproco del precontrato por parte de la sociedad demandada, tanto más cuanto que el retraso fue debido a que la previa extinción de la relación del demandante con el grupo empresarial al que prestaba servicios de alta dirección (necesaria, por resultar incompatible con el cargo para el que iba a ser nombrado el actor) exigía el cumplimiento de ciertos trámites (entre ellos la comunicación a la Bolsa de Zúrich) que requirieron

cierto tiempo (de hecho, incluso se convocó una reunión del consejo para el 12 de enero del 2015 con la intención de llevar a cabo el nombramiento del actor, lo que —como sabemos— finalmente no ocurrió).

3. Una consecuencia de la existencia de un precontrato (el plazo de prescripción)

La sociedad recurrente en casación alegó la prescripción de la acción ejercida. En efecto, partiendo de la premisa de que la relación entre las partes no había pasado de simples «tratos preliminares», razonó que la responsabilidad exigida sólo podría tener naturaleza extracontractual y que, por tanto, había ya expirado el plazo de prescripción de un año (art. 1968 CC) cuando se formuló la demanda que originó el litigio (afirmación que, a su vez, se apoyaba en la consideración de que la demanda previamente presentada ante el Juzgado de lo Mercantil —que se declaró incompetente y no dio traslado de la demanda— no interrumpió el plazo de prescripción).

El Tribunal Supremo reconoció, por supuesto, que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, aparece como aquiliana, en atención a la producción de una violación del principio *neminem laedere*. La calificación de la correspondiente responsabilidad como extracontractual comporta la aplicación del artículo 1902 del Código Civil (CC) y, efectivamente, somete la acción para su exigencia al plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2.º de la misma norma. Ahora bien, ésta no era la situación en el caso litigioso, puesto que se había determinado previamente que la relación entre las partes respondía al esquema del precontrato. Por

tanto, no tratándose de tratos preliminares, no podía haber responsabilidad extracontractual; antes bien, al calificarse la relación existente de precontrato, la responsabilidad derivada no podría ser sino de carácter contractual y la acción para

exigirla se encontraba sujeta al plazo general de prescripción del artículo 1964 del Código Civil. En consecuencia, y dado que la demanda se presentó en enero del 2016, en ningún caso podía considerarse prescrita la acción.