

Gobierno Corporativo

# Contrato o precontrato para el nombramiento del acreedor como consejero ejecutivo de una sociedad cotizada

Sobre la validez de un precontrato para el nombramiento de administrador de una sociedad filial cotizada.

## ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Los hechos

El actor XXX vino desarrollando hasta el 2014 y durante veintisiete años la actividad profesional de alta dirección del grupo suizo Holcim y presidente del Consejo de Administración de la filial del grupo en España y de otras filiales. El grupo Holcim era una empresa que cotizaba en el 2014 en la Bolsa de Zúrich. Y, en dicho grupo, el actor, además de sus responsabilidades operacionales de supervisión y gestión de las empresas pertenecientes o participadas por el grupo Holcim en la región África-Medio Oriente, desempeñaba los cargos de consejero, consejero-presidente o presidente del Consejo de diversas

filiales del grupo en varios países. Fomento de Construcciones y Contratas, S. A. (FCC), la demandada, es dominante de un relevante grupo societario español centrado principalmente en el área de construcción y negocios afines, entre ellos el del cemento, en que interviene por medio de su filial Cementos Portland Valderribas, S. A. (CPV), a su vez cabecera o dominante de su propio grupo societario (GCPV). FCC posee el 71,58 % del capital social de CPV; en consecuencia, como socio dominante, ejerce el control sobre las decisiones que se adoptan en CPV, entre las que se encuentran las relativas al nombramiento y cese de los miembros del Consejo de Administración de CPV. Desde

finales del 2013, YYY era vicepresidente del Consejo de Administración y consejero delegado de FCC, cargos que mantuvo a lo largo del 2014. Con anterioridad, desde el 16 de febrero del 2012 y hasta el 27 de febrero del 2013 había ocupado el cargo de presidente del Consejo de Administración de CPV. En el año 2012, YYY propuso a XXX que asumiese el cargo de consejero delegado de GCPV. El ofrecimiento no fue aceptado en un principio, pero se reiteró a finales del 2013, momento en el que el actor estaba dispuesto a aceptarlo. Se iniciaron así una serie de conversaciones y negociaciones para la incorporación de XXX, la cuál debía producirse efectivamente a finales del 2014 o principios del 2015 porque en esas fechas cesaba por finalización de su contrato el primer ejecutivo del grupo CPV, don Evaristo. En dichas conversaciones y negociaciones participaron, además, el resto de los miembros del Consejo de Administración de CPV, así como los accionistas de referencia de FCC. De esta forma, el 29 de julio del 2014 don Evaristo comunicó al actor mediante un correo electrónico la disposición del grupo FCC y de CPV para nombrarlo consejero y consejero delegado de CPV, con el fin de que fuera el actor el que sucediera al propio don Evaristo cuando éste cesara en sus funciones. El nombramiento era para ocupar el cargo de miembro del Consejo de Administración de una sociedad mercantil, por lo que requería el acuerdo previo del Consejo de Administración —posteriormente ratificado por la junta general de accionistas— y, adicionalmente y para ser nombrado consejero delegado, la conformidad de, al menos, dos terceras partes de los miembros del Consejo de Administración, todo ello de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital y los estatutos de CPV. Estas decisiones dependían de FCC en su condición de socio mayoritario y dominante. Previamente a la adopción de dichos

acuerdos se requería el informe favorable o la propuesta de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones del Consejo de GCPV (órgano encargado de informar o proponer al Consejo de Administración los acuerdos que se habían de adoptar en relación con, entre otras, el nombramiento, reelección, ratificación y cese de los consejeros y con el establecimiento y control de la política de retribución de los consejeros y altos directivos de la sociedad).

La Comisión analizó el nombramiento del actor como nuevo administrador y consejero delegado en reunión del día 24 de septiembre del 2014. Finalmente, dicho órgano adoptó el acuerdo de proponer al Consejo de Administración de CPV el nombramiento de XXX como consejero delegado con efectos desde el 1 de diciembre del 2014, al tiempo que fijaba las condiciones económicas de dicho nombramiento. Ese mismo día se dio cuenta de dicha propuesta al Consejo de Administración de CPV, que acordó darse por enterado de ella, quedando a la espera de que en un nuevo Consejo se propusiera, en el orden del día, el nombramiento del XXX. Dicha cuestión también fue tratada en el Consejo de Administración de FCC celebrado el 25 de septiembre del 2014.

El 26 de septiembre del 2014, YYY, en su condición de vicepresidente y consejero delegado de FCC, remitió una carta al actor en la que le daba la bienvenida al grupo, al tiempo que le informaba de las condiciones económicas aprobadas para su incorporación; entre ellas, FCC se comprometía a aportar a los fondos de pensiones del actor 120 000 euros y, en caso de indemnización, a la aportación bruta de tal cantidad durante cinco años al plan de pensiones, suma que iría disminuyendo a medida que pasase cada año en la parte proporcional de éste. Por lo que se re-

fiere a la fecha de ingreso, se hizo constar que quedaba pendiente de confirmar por parte de XXX.

Una vez efectuado lo anterior, era preciso que el actor resolviera su relación con el grupo Holcim. El contrato que vinculaba a XXX con Holcim contenía la estipulación de que, si aquél decidía abandonar el grupo por cualquier motivo, debería comunicarlo al menos con doce meses de anticipación. No obstante, comunicada por el actor al grupo Holcim su decisión en octubre del 2014, dicho grupo aceptó la resolución de la relación sin necesidad de esperar el periodo de preaviso, llegándose al acuerdo de fijar como fecha del cese efectivo el 31 de diciembre del 2014. A tal efecto se suscribió entre el actor y Holcim un acuerdo mutuo de rescisión que fue remitido por la empresa el 25 de noviembre del 2014 y fue suscrito por el actor el 3 de diciembre del 2014. Esta desvinculación debía ponerse en conocimiento de la Bolsa de Zúrich, circunstancia que retrasó la firma efectiva del acuerdo.

Tras ser efectuados los trámites anteriores, quedaba por convocar el Consejo de Administración de Cementos Portland Valdearribas (CPV) en el que se llevara a cabo el nombramiento de XXX, nombramiento que también debía ser aceptado por el Consejo de FCC. Se estableció para ello el día 12 de enero del 2015, ya que dicho nombramiento no había podido producirse en la fecha inicialmente prevista del 1 de diciembre del 2014.

No obstante, a finales de noviembre del 2014 concluyeron las negociaciones que tiempo antes se habían iniciado entre FCC y Control Empresarial de Capitales S. A. de C. V., sociedad perteneciente en su integridad a Inmobiliaria Carso, S. A. de C. V., que a su vez está controlada por la familia DDD. Como

consecuencia de esas negociaciones, el Consejo de Administración de FCC adoptó el 27 de noviembre del 2014 la decisión de ejecutar la ampliación de capital acordada en junta general de 20 de octubre del 2014. Control de Capitales S. A. de C. V. suscribió un total de 66 794 810 nuevas acciones de FCC, lo que determinó la entrada de un nuevo inversor en el grupo y, fruto de las negociaciones mantenidas, un nuevo equilibrio en la composición del Consejo de Administración de FCC con la entrada de nuevos consejeros a propuesta del nuevo inversor; esto, a la postre, determinó igualmente la entrada de nuevos consejeros en las empresas participadas por FCC, entre las que se encuentra CPV. Se determinó, en definitiva, que la persona nombrada como consejero delegado de CPV no fuese el actor, sino ZZZ, lo que tuvo lugar el día 26 de febrero del 2015.

XXX interpuso una demanda contra FCC en la que solicitaba que se la declarase responsable de los daños y perjuicios ocasionados al actor por incumplimiento de contrato y se la condenase a indemnizarlo en una cuantía de 6 754 801 euros, más los intereses legales. La sentencia de casación es la Sentencia del Tribunal Supremo 913/2021, de 23 diciembre.

## 2. El Derecho

Las sentencias de instancia concluyeron que la partes alcanzaron un precontrato generador de obligaciones para ambas, en tanto que FCC afirma que se trató de meros tratos preliminares o actos preparatorios que no llegaron a concretarse en ningún convenio obligatorio. El Tribunal Supremo lo confirma. Se trata de un precontrato «perfecto» que genera acción para pedir su cumplimiento porque estaban determinados todos los elementos de la relación:

El hecho de que el Consejo de Administración de CPV sea soberano para adoptar su decisión sobre el nombramiento de su consejero delegado no empece lo anterior, pues, como antes se dijo, FCC se obligó a través del precontrato a colaborar activamente para que ese nombramiento se produjese efectivamente, lo que entraba dentro de su ámbito de poder decisorio al ostentar la posición de socio mayoritario y dominante.

Claro que, si la cosa es así, ¿para qué sirve la figura del precontrato? Lo mismo hubiera servido decir que XXX y FCC habían concluido un contrato definitivo cuyo objeto era el nombramiento de aquél como consejero delegado de la filial de la sociedad.

XXX no demanda el cumplimiento del contrato, sino una indemnización. ¿En qué concepto? Si el contrato con FCC era «perfecto», la indemnización hubiera consistido en lo que XXX hubiera dejado de ganar como (fallido) consejero ejecutivo de CPV. Pero no es esto lo que ocurre. Aunque todas las instancias se lanzan a un discurso poco inteligible sobre los fundamentos y límites de la indemnización —que merecería un comentario aparte—, el resultado final es que «la base de la liquidación de la indemnización solicitada deberá consistir en las cantidades dejadas de percibir por el actor como consecuencia de la resolución de su relación contractual con el grupo Holcim, de las que deberán deducirse las que eventualmente haya percibido por cualquier otra actividad profesional que no hubiera podido ejecutar en caso de haber sido contratado por CPV y que hayan sido probadas». Esto último se refiere a las cantidades que XXX cobró en un nuevo puesto

de consejero ejecutivo en otra empresa a la que se incorporó después del fracaso de la negociación con FCC.

Si XXX hubiera llegado a ocupar el puesto prometido por FCC, nada habría impedido que el día siguiente hubiera sido cesado en el cargo. Entonces, su pretensión económica por el «contrato perfecto» habría sido la indemnización estipulada en los tratos previos para el caso de cese, que —parece— también se había acordado. Y en nada habría que tener en cuenta las remuneraciones dejadas de percibir en Holcim ni las que hubiera percibido efectivamente de una tercera empresa a la que se incorporó como consejero delegado. Es decir, si en verdad hay un acuerdo «perfecto», aunque se le llame *precontrato*, entonces resultará que el rehúse final societario de CPV no era en puridad un «incumplimiento» del precontrato, sino un cese de administrador.

La argumentación de la sentencia es fallida, empero, en un extremo más importante. Ninguna sociedad (y, menos, cotizada) puede obligarse (mediante declaración de sus administradores) con un tercero para que éste sea nombrado consejero delegado de dicha sociedad. No ya sólo por razones regulatorias evidentes, sino por el simple hecho de que los preacuerdos de nombramiento así tomado no obligan a la sociedad ni a la junta de socios ni al socio dominante. El «precontrato» persigue un objeto imposible, que, por ello mismo, es nulo, sin perjuicio de la culpa *in contrahendo* en que hubieran podido incurrir los administradores oferentes.

Pero lo que ya excede de toda medida es que el socio dominante (FCC) pueda obligar a la filial (CPV), por medio de un contrato civil con tercero, a que este tercero sea nombrado consejero de esta filial. No puede existir

un contrato (o precontrato) de nombramiento distinto del propio contrato de consejero ejecutivo a que se refiere el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Y, si existe algo así, es nulo.

¿Quiere decirse que FCC (no CPV) «se comprometió» en vano? Yo creo que sí. Es algo así como una regla de limpieza de mercado que ningún candidato se considere con derecho a puesto de consejero hasta que sea nombrado efectivamente. Y, mientras tanto, actúa por su cuenta y riesgo, salvo algún dolo especial de la contraparte. Pero incluso si se tratara de un contrato perfecto, FCC sólo se podría obligar a votar en favor de XXX y siempre, como

ocurrió con la entrada de nuevo socio, *rebus sic stantibus*.

Con todo, yo no creo que se tratara de un contrato de voto, sino de una *promesa de hecho de tercero*, que obliga subsidiariamente al promitente al cumplimiento (si es posible) o a la indemnización del interés de cumplimiento (una vez más, la indemnización convenida por cese).

Y éstas son las opciones: o XXX actuaba por su cuenta y riesgo, como sostenía FCC, o FCC incumplió un contrato que encerraba como promesa de resultado el hecho de un tercero. En la duda, la primera opción es la preferible.