



Roj: **SJM M 437/2013 - ECLI: ES:JMM:2013:437**

Id Cendoj: **28079470032013100003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/10/2013**

Nº de Recurso: **245/2013**

Nº de Resolución: **246/2013**

Procedimiento: **JUICIO ORDINARIO**

Ponente: **JESUS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

27 Gines y Otros vs. UFG y Otros

### **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE MADRID**

**Sentencia núm.: 246/2013**

Procedimiento: **Juicio ordinario nº 245/2013**

Objeto del juicio: **Sociedades. Empresa conjunta. Deberes de los administradores. Acción declarativa de incumplimiento. Deber de revelación de conflicto de intereses. Deber de abstención. Impugnación de acuerdos sociales negativos**

Demandantes: D. Gines , D. Javier , D. Marcial , D. Pelayo (en lo que sigue, los "**Consejeros demandantes**")

Procurador: D. Manuel Lanchares Perlado

Letrado: D. Alejandro Fernández de Araoz y Gómez-Acebo

Demandados: D. Severino , D. Jose Miguel , D. Juan Manuel , D. Alberto , D. Belarmino (en lo sucesivo, los "**Consejeros demandados**")

Procurador: D. Luis-Fernando Álvarez Wiese

Letrado: D. Ezequiel Miranda Giménez-Rico

Demandada: **Unión Fenosa Gas, S.A.** (en adelante, "**UFG**" o la "**Sociedad**")

Procurador: D. Germán Marina Grimau

Letrado: D. Félix-José Montero Muriel

En nombre del Rey, el Magistrado Ilmo. Sr. D. **JesúsAlemanyEguidazu**

### **SENTENCIA**

En Madrid, a treinta de octubre de dos mil trece.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **ANTECEDENTES PROCESALES**

**I. Demanda .-** La demanda fue presentada el 19/4/2013 ante el Decanato de los Juzgados de Madrid (reparto mercantil). Funda sustancialmente la pretensión en las siguientes **acciones** :

a) en las **acciones declarativas de incumplimiento** por los Consejeros demandados del deber de administración diligente (art. 225 LSC), deber de lealtad (art. 226 LSC), deber de comunicación de conflicto de intereses, previa declaración de su existencia (art. 229.1 I LSC) y deber de abstención por conflicto de intereses (art. 229.1 II LSC);



- b) en la **acción de prohibición de intervenir** en las deliberaciones y votaciones del Consejo de administración, todo ello en relación con los contratos de suministro de gas suscritos con Gas Natural Comercializadora (" **GNCom** "), con Nueva Generadora del Sur (" **NGS** "), con Gas Natural Fenosa (" **GNF** ") y con **Unión Fenosa Gas** Comercializadora (" **UFGCom** ") (en lo que sigue, conjuntamente, los " **Contratos relevantes** ") y
- c) en la **acción de impugnación de acuerdos sociales** .

Lo anterior para terminar con **suplico** de las peticiones siguientes:

- a) la declaración de incumplimiento de los anteriores deberes por los Consejeros demandados;
- b) la condena «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 la Sociedad en relación con los Contratos relevantes;
- c) la declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo de 20/3/2013 de «no aprobar la declaración de fuerza mayor a UFG Comercializadora» y «no aprobar la declaración de fuerza mayor a GNF, NGS y GN Comercializadora en sus respectivos contratos» y
- d) las costas.

La demanda se turnó por reparto a este Juzgado, que la admitió a trámite, acordó sustanciarla por el cauce del juicio ordinario y emplazó a las partes demandadas.

**II. Contestación** .- Los **Consejeros demandados** y la **Sociedad** presentaron contestación en tiempo y forma con las excepciones que se desglosan en la fundamentación de esta resolución; para terminar con **suplico** de desestimación íntegra de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

**III. Audiencia previa** .- La audiencia previa se celebró el 25/7/2013, con **asistencia** de todas las partes, sin llegar a conciliación y ratificándose en sus escritos rectores. Los **medios de prueba** admitidos fueron los que, propuestos por las partes, no se declararon impertinentes o inútiles.

**IV. Acto del juicio** .- El acto del juicio se celebró en las **sesiones** de 3/10/2013, 14/10/2013 y 17/10/2013, con **asistencia** de todas las partes; practicándose los siguientes **medios de prueba** : *documental pública y privada* , más documental, el *interrogatorio de los codemandados* Sres. Severino , Jose Miguel y Belarmino y del codemandante Sr. Marcial ; *testificales* de D. Justiniano (consejero a propuesta de ENI, no demandante, director general de UFG), D. Pascual (directivo financiero de UFG, vinculado a ENI), D. Segismundo (secretario no consejero de la Sociedad), D. Carlos José (ejecutivo de ENI, responsable de finanzas del grupo ENI), D. Juan Pedro (subdirector de aprovisionamientos de UFG, vinculado a GNF, tachado por los Consejeros demandantes mediante escrito presentado el 24/9/2013) y D. Anselmo (miembro del comité financiero de UFG, empleado de GN, tachado por los Consejeros demandantes mediante escrito presentado el 24/9/2013); y *periciales* de AT Kearney en la persona de D. Celestino (licenciado en ciencias empresariales, consultor energético, designado por la parte demandante), de The Boston Consulting Group en la persona de D. Eugenio (licenciado en ciencias empresariales, consultor energético, designado por los Consejeros demandados) y de KPMG Asesores, S.L. en la persona de D. Gervasio y otros (licenciado en empresariales, socio de KPMG Forensic, designado por UFG); con el resultado que obra en autos y en el correspondiente soporte audiovisual. Las partes formularon sus **conclusiones** , quedando el pleito visto para sentencia.

**V. Siglario** de esta sentencia: " **CC** ", Código Civil; " **LSA** ", Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; " **LSC** ", Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; " **LSL** ", Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; " **LEC** ", Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; " **PCM** ", Propuesta de Código Mercantil, de 2013; " **RDGRN** ", Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado; " **SAP** ", Sentencia de la Audiencia Provincial, sección; " **STJUE** ", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y " **STS 1ª** ", sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera.

**VI.** En la **sustanciación** del procedimiento se tienen por observadas las prescripciones legales.

## HECHOS PROBADOS

Tras la apreciación de la prueba, motivada en el subsiguiente Fundamento de derecho primero, se declaran probados los siguientes hechos:

**Uno** .- **UFG** es una sociedad semiparticipada (al 50%) por dos socios: ENI S.p.A. (en adelante, " **ENI** ") y GAS NATURAL SDG, S.A. (" **GN** "; aclarándose que el grupo constituido por Gas Natural SDG y sus filiales opera bajo



el nombre comercial Gas Natural Fenosa, " **GNF** "). UFG fue constituida el 2/2/1998 como filial gasista de la que fuera compañía eléctrica Unión Fenosa, S.A., absorbida por GN con efectos desde el 4/9/2009.

**Dos.- Los Consejeros demandantes** han sido nombrados consejeros de UFG a propuesta de ENI y son altos ejecutivos de ENI. Asimismo, ENI ha nombrado a un quinto consejero, don Justiniano , quien ostenta, además, el cargo de Director General de UFG. El Sr. Justiniano respalda la demanda sin figurar como demandante.

**Tres.- Los Consejeros demandados** han sido nombrados consejeros de UFG a propuesta de GN y son altos ejecutivos de GN.

#### **Cuatro.- De la actividad de UFG.**

1) La compañía tiene por **objeto social** «la realización, directamente o a través de compañías filiales o participadas, de actividades de exploración, producción, adquisición, licuefacción, transporte marítimo o de cualquier otro tipo, intercambio, distribución, transporte y comercialización de gas natural u otro tipo de gases combustibles, así como cualesquiera otras previstas en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y en otras disposiciones que pudieran desarrollar o complementar dicha Ley».

2) En el **aprovisionamiento "aguas arriba"** ( *upstream* ), el gas procede de Egipto, de la Sultanía de Omán y del mercado al contado ( *spot* ). Los contratos de suministro con Egipto y Omán son a largo plazo y con cláusula *take or pay* .

3) Para la **licuefacción** del gas, UFG participa en las plantas de procesamiento y producción de Damietta (Egipto) y de Qalhat (Omán). Mediante los llamados contratos de procesamiento de gas ( *tolling contracts* ), se retribuye al titular de la planta por licuar el gas, previa reserva de una parte de la capacidad de licuefacción.

UFG es titular del 80% de Spanish Egyptian Gas Company ( " **EGAS** " ), que opera la planta de Damietta. El 20% restante pertenece a las compañías estatales egipcias Egyptian General Petroleum Company y Egyptian Natural Gas Holding.

4) La **comercialización de gas "aguas abajo"** ( *downstream* ) se desarrolla, por razones regulatorias, a través de UFGCom, filial al 99,99% de UFG, que suministra gas en España a los segmentos de generación eléctrica (fundamentalmente, centrales térmicas de ciclo combinado), al industrial y también al sector doméstico-residencial a través del suministro de gas a otras comercializadoras. Esta estructura requiere que UFG venda el gas a UFGCom, para su reventa a los clientes en España. Se vende con un precio de transferencia tal que permita un pequeño margen a la comercializadora.

5) En particular, UFG ha concluido diversos **contratos de suministro** de gas con empresas de generación eléctrica participadas, total o parcialmente, por su entonces socio único Unión Fenosa, S.A., hoy pertenecientes al grupo GNF. Estos contratos son de precio y cantidades prefijadas.

**Cinco.- De la alianza estratégica entre GN y ENI.** La relación entre GN y ENI, como accionistas de UFG, se instrumentó esencialmente mediante:

a) El **Acuerdo de Inversión** de 5/12/2002 ( *doc. nº 2 de la contestación de los Consejeros demandados* ) por el que ENI se obligó frente a Unión Fenosa, S.A. (hoy GN) a suscribir un aumento de capital para la adquisición del 50% de UFG, un acuerdo de participación, un acuerdo de socios y a respetar los contratos preexistentes (cláusula 13ª del Acuerdo de Inversión).

b) El **Acuerdo de Participación** de 14/3/2003 ( *doc. nº 4 de la demanda y doc. nº 3 de la contestación de los Consejeros demandados* ) entre Unión Fenosa, S.A. y ENI, que desarrolla el Acuerdo de Inversión.

c) El **Acuerdo de Socios** de UFG ( *doc. nº 5 de la demanda y doc. nº 4 de la contestación de los Consejeros demandados* ). La cláusula 16ª del Acuerdo de Socios, referida a los *Contratos vinculados y contratos con terceros* , establece: « *Las Partes se comprometen a hacer que la Compañía, sus Filiales y sus Sociedades Participadas, respeten y cumplan en sus estrictos términos, los contratos suscritos por la Compañía sus Filiales y sus Sociedades Participadas, con otras sociedades del grupo Unión Fenosa o con terceros, con anterioridad a la firma del presente Acuerdo, y que se incluyen en el Anexo 3 de este Acuerdo* ». El Anexo 3 del Acuerdo contiene la relación de los Contratos existentes que deben ser respetados ( *doc. nº 6 de la contestación de los Consejeros demandados* ). Los Contratos relevantes forman parte de los Contratos existentes, junto con otros varios contratos.

d) Los **Estatutos sociales** de UFG ( *doc. nº 5 de la contestación de los Consejeros demandados* ). Tanto los Estatutos como el Acuerdo de Socios establecen que el abandono de actividades preexistentes exigirá el consentimiento de los socios y el acuerdo de la Junta General de Accionistas, que deberá adoptarse « *por mayoría cualificada de dos tercios (2/3) del total del capital social con derecho de voto de la Compañía más una*



*acción, con independencia de la asistencia a la Junta general » (artículo 16.1 de los Estatutos y, en el mismo sentido, cláusula 4.6.2 del Acuerdo de Socios).*

**Seis.-La reducción del aprovisionamiento procedente de Egipto** . Desde julio de 2012 se ha producido una notabilísima reducción del suministro de gas a la planta de Damietta, sea, según la contraparte egipcia, por fuerza mayor identificada con la inestabilidad política acaecida tras la llamada Revolución egipcia y los acontecimientos históricos posteriores (con el derrocamiento de los presidentes Mubarak y Morsi); o sea, según UFG, por un incumplimiento contractual de EGAS que, en detrimento de Damietta, estaría primando exportaciones a Jordania y suministros a la planta de licuefacción de Idku. UFG ha iniciado varios procedimientos arbitrales contra el Gobierno egipcio y sus sociedades instrumentales y, en las últimas semanas, se está negociando con la contraparte egipcia un acuerdo para restaurar parcialmente el suministro de gas a Damietta (*transit agreement*) que, en todo caso y en el supuesto de ser firmado y cumplido, quedaría muy por debajo de los compromisos que serían exigibles según el marco contractual previo. A consecuencia de este problema de aprovisionamiento, UFG ha modificado la cesta de su abastecimiento de gas, reduciendo el procedente de Egipto y aumentando el proveniente de otras fuentes, con el resultado de haberse encarecido sustancialmente el coste medio de aprovisionamiento.

**Siete.-La situación financiera de UFG**. La Sociedad es una compañía extraordinariamente rentable. Incluso en el ejercicio 2012 (con el problema de suministro presente desde julio), las ganancias superaron los 260 millones de euros. Sin embargo, ahora UFG carga con el sobrecoste de aprovisionarse de otras fuentes y, especialmente, en el mercado *spot* . A 20/3/2013, fecha del consejo de administración litigioso, la previsión de resultado para 2013 era de un EBITDA de 212 millones y de 119,8 en el peor escenario, con un resultado después de impuestos de 73,3 millones y de 7,6 en el peor escenario. En este ejercicio 2013, se estima que el sobrecoste de aprovisionamiento por el *statu quo* de Egipto es de algo más de 200 millones de euros.

**Ocho.-Postura de los Consejeros demandantes**. ENI y los consejeros de ENI consideran que los contratos aguas arriba y los Contratos relevantes están coligados; que, precisamente en cumplimiento de los Contratos relevantes, debe notificarse fuerza mayor en los contratos *downstream* para, de este modo, suspender las prestaciones y reducir así las necesidades de gas, el sobrecoste de su aprovisionamiento y el coste-oportunidad de tener que reducir o no poder suministrar a clientes alternativos más remuneradores, como los industriales; que la omisión de notificar la fuerza mayor produce pérdidas, entendidas como menor beneficio; y consideran, también, que buena parte de la oferta de gas de UFG la puede absorber el mercado industrial y el internacional a unos precios más lucrativos que los actualmente comprometidos en los Contratos relevantes.

**Nueve .- Postura de los Consejeros demandados** . GNF y los Consejeros demandados postulan que los contratos aguas arriba y los Contratos relevantes están relacionados comercialmente pero no están coligados jurídicamente; que no hay fuerza mayor ni "aguas arriba" ni "aguas abajo", luego los contratos preexistentes deben cumplirse; que la situación en Egipto es reversible; que existen fuentes alternativas de aprovisionamiento para cumplir todos los compromisos adquiridos; que la compañía sigue siendo extraordinariamente rentable y que, si se suspenden o extinguen los Contratos relevantes, los mercados alternativos no podrán absorber el excedente de gas que se produciría en UFG sin malvenderlo o sin evitar pagarlo por la cláusula *take-or-pay* .

**Diez.- Postura de UFG** . UFG no ha manifestado formalmente su postura pues el Consejo tiene una opinión dividida. La postulación procesal no representa en el tráfico a la sociedad y actúa a los fines exclusivos de defensa.

#### **Once.- El Consejo de administración de 20/3/2013.**

1º) Con respecto al sexto punto del **Orden del Día** : « *Contratos de compraventa de gas: análisis de la situación actual y actuaciones a adoptar tanto respecto del dueño de la planta, los proveedores y los diferentes clientes. Presentación de informe de la Dirección General* », incluido a propuesta del Sr. Justiniano , este formuló un Informe (*documento nº 9 de la demanda* ), en el que proponía unos acuerdos sobre actividades esenciales: (i) declarar la fuerza mayor en los Contratos relevantes, (ii) no declararla en los contratos con clientes industriales y (iii) vender los activos de esta rama de actividad a terceros.

2º) El Sr. Justiniano no facilitó a los Consejeros demandados la **información** necesaria para evaluar la propuesta, con antelación suficiente.

3º) Los Consejeros demandados supusieron que no existía un **deber de abstención** por conflicto de intereses en relación con los acuerdos propuestos.

4º) Los Consejeros demandados votaron en contra de las propuestas de acuerdo. « *En consecuencia, no resultan aprobadas las propuestas de acuerdos (sic) del Consejero-Director General* » (v. *doc. nº 28 de la demanda* ).



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

### APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Los **Hechos declarados probados** salvo el Once, ordinal 2º, en esta redacción de mínimos, suficiente para la subsunción en las normas aplicables, están exentos de prueba por plena conformidad de las partes ( ex art. 281.3 LEC ) y, en todo caso, quedan corroborados por toda la prueba practicada y, en concreto, por la prueba documental obrante en autos, que no ha sido impugnada en su autenticidad ( art. 326.1 LEC ).

Respecto al Hecho **Once** , ordinal 2º, no se acredita que el informe del Sr. Justiniano fuera remitido a los Consejeros demandados, con antelación suficiente. Antes bien, consta en el acta del Consejo ( *doc. nº 28 de la demanda* ) la manifestación del Sr. Jose Miguel de que llegó " *anoche y no ha habido mucho tiempo para analizarlo* " (exactamente, se remitió a las 19:23 del 19/3/2013, según el *doc. nº 27 de la demanda* ). El Sr. Jose Miguel consideró el documento " *inapropiado porque pretende reflejar una posición de la compañía que no es tal y, sobre todo, es peligroso para los intereses de la compañía en sus disputas con Egipto por su contenido* ", ideas que reitera en sus intervenciones.

Además, tampoco se demuestra que, con antelación suficiente, se distribuyera entre los consejeros un informe jurídico del bufete Garayar, de 27-9-2012, que ponía de manifiesto la dificultad para la Sociedad de declarar la fuerza mayor en los contratos "aguas abajo" y, en lógica consecuencia, los riesgos jurídicos y económicos que ello supondría ( *doc. nº 10 de la contestación de los Consejeros demandados y doc. nº 14 de la contestación de la Sociedad* ). Según consta en acta, este informe solo era conocido por el Presidente y declararon desconocerlo los codemandados Sres. Jose Miguel y Belarmino . Tampoco favorecería la tesis actora que el Sr. Justiniano hubiera distribuido convenientemente el informe y no lo hubiera guardado en el cajón, porque si el informe Garayar se hubiera compartido con todos los consejeros, reforzaría la prudencia de diferir la decisión y no precipitarla, habida cuenta que el Órgano de administración no había alcanzado un consenso al respecto, máxime vistos otros informes discrepantes (el informe del despacho Herbert Smith sí aprecia fuerza mayor; el memorándum de King & Spalding opina propiamente sobre el riesgo de arbitrajes paralelos).

Ciertamente, la prueba practicada corrobora que la posibilidad de declarar la fuerza mayor aguas abajo no era una propuesta inopinada porque ya había sido comentada meses antes. El Sr. Justiniano atestigua por referencia que el Sr. Marcial lo tenía hablado con el Sr. Belarmino en la comisión ejecutiva de 5/2/2013. El Sr. Marcial retrotrae la puesta en común a junio de 2012 y, según alegación procesalmente indocumentada pero no contradicha, constaría en acta de 14/6/2012.

Ahora bien, precisamente porque «cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad» (art. 225.2 LSC), un consejero prudente tiene derecho a contar con toda la información disponible y, de ser conveniente, el derecho-deber de encargar los informes internos o los dictámenes de terceros que le permitan formarse un juicio fundado para decidir sobre actividades esenciales que viene desarrollando la compañía. Estos informes u opiniones cumplen una función eventual, procurando al administrador la excusa de diligencia debida ( *due diligence defense* ) frente a un intento ulterior de imputarle responsabilidad. «En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones» (propuesta de art. 225.3 LSC del *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo* , 14-10-2013; en lo sucesivo, el " **Estudio de Gobierno Corporativo 2013** ").

Frente al descubierto informativo de los Consejeros demandados, destaca la ventaja informativa adquirida por el Sr. Marcial , quien tuvo tiempo de recabar una opinión legal preliminar del despacho Araoz y Rueda, de 8/3/2013, sobre la existencia de fuerza mayor en los Contratos relevantes, para intervenir en la deliberación con conocimiento de causa y profunda razón de ciencia de la ley española, con lectura de una nota predispuesta, lo que es un indicio vehemente ( art. 386 LEC ) de una planificación del Consejo.

Finalmente, en cuanto al ordinal 3º del mismo Hecho probado, la existencia o no de un deber de abstención es una cuestión jurídica suficientemente compleja para ser verosímil que los Consejeros demandados mantuvieran de buena fe la inexistencia del deber. El Sr. Jose Miguel expuso su parecer con los argumentos de que la sociedad es cerrada e instrumental, que en el Acuerdo de Socios hay un compromiso específico de cumplir los contratos preexistentes y que esta ha sido la "conducta histórica" de los socios. Por último, los Consejeros demandados entendieron que existía también un conflicto de intereses en los Consejeros demandantes respecto a la tercera propuesta, de venta de la rama de actividad industrial de la Sociedad, aunque, finalmente, tampoco los demandantes la aprobaron y el propio Sr. Justiniano se retractó con su voto.

II



## LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS CONSEJEROS DEMANDANTES

El escrito de demanda afirma la legitimación para todas las acciones interpuestas y, en particular (pg. 44), sustenta la legitimación activa para las acciones declarativas de incumplimiento en un interés legítimo que consistiría (a) en la legitimación para impugnar acuerdos del consejo de administración (art. 251.1 LSC), que se extendería a las conductas generadoras de tales acuerdos irregulares; (b) en el cumplimiento del deber de administración diligente (art. 225 LSC), que permitiría impedir y revertir las conductas dañosas de otros administradores y (c) en el cumplimiento del deber de lealtad (art. 226 LSC), que obligaría a emprender todas las acciones convenientes en defensa del interés social.

**A) Legitimación por interés legítimo.-** En cuanto a la *legitimación*, el artículo 10 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». *Plus ultra*, el artículo 24 de la Constitución garantiza la tutela de los «intereses legítimos». El *interés legítimo* es «una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial» (por todas, STC 164/2003; transcrita por STS 1ª 760/2011, 4.11, *Mariscos Marzá, S.L.*).

**B) Irrelevancia directa del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital .-** Los Consejeros demandados aducen que falta la legitimación activa de los demandantes *ex ipsa lege* porque «los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo» (art. 236.1 LSC) pero, al contrario, no responderán frente a sus colegas.

No obstante, este artículo de la Ley (o la cláusula 3.4 del Acuerdo de Socios) no atañe a la acción ejercitada sino a acciones de condena por responsabilidad societaria.

La irrelevancia por inaplicabilidad directa no impide que el artículo tenga una relevancia indirecta como parámetro de admisibilidad de la acción meramente declarativa (*vide infra* letra, C), subletras [d][a]).

**C) Legitimación para la declaración de incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad.-** Para alguna doctrina, los deberes de diligencia y lealtad son contenido del contrato de administración de sociedades y, por esto, su cumplimiento solo sería exigible por la propia sociedad como contraparte contractual.

Esta opinión no se comparte, en primer lugar, porque desconoce la vertiente orgánica del cargo de administrador. También desde postulados exclusivamente contractuales, recordamos que puede provocarse la eficacia de un contrato por terceros no contratantes, habiéndose denominado "utilizabilidad" del contrato al supuesto en el que un tercero se sirve de la celebración de un negocio entre otras personas (aquí sería la Sociedad y los Consejeros demandados) como fundamento de su pretensión (v. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos* 6, I, 2007, 531).

Sin perjuicio de rechazar la restricción de legitimación a la Sociedad, de la doctrina general de las acciones declarativas se desprende derechamente la falta de legitimación de los Consejeros demandantes para que se declare el incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad de los demandados.

**a) Legitimación en las acciones declarativas.-** El artículo 5.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla las *pretensiones de mera declaración* positivas, por las que se pide al tribunal que declare o constate la existencia de situaciones jurídicas, como puede ser la de incumplimiento de un deber.

Eso sí, «la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un *interés digno de tutela*. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC 71/1991 y 210/1992; también, sobre la necesidad de protección jurídica, SSTS 1ª desde la 78/1944, 22.9 a la cit. 760/2011, 4.11).

**b) Extensión de la legitimación para impugnar acuerdos sociales.-** El argumento de extender la legitimación para impugnar acuerdos del consejo de administración (art. 251.1 LSC) a las conductas que los generan, es un razonamiento doblemente incoherente. Subjetivamente, porque los legitimados pasivos son distintos. Además, el objeto litigioso difiere y, desde la perspectiva del interés legítimo, porque en las acciones



impugnatorias del acuerdo, el interés se consume en la anulación y, salvo algún supuesto que no es del caso, son indiferentes los actos preparatorios o previos a la adopción del acuerdo.

En consecuencia, falta coherencia jurídica entre afirmar la posición jurídica para impugnar acuerdos sociales y la petición de declaración de incumplimiento que se deduce (este concepto jurisprudencial de legitimación, recientemente, en SSTs 1ª 305/2011, 27.6 ; 791/2011, 11.11 ; 260/2012, 30.4 ; 869/2011, 7.12 ; 460/2012, 13.7 ; 779/2012, 9.12 ; Pleno 828/2012, 16.1.2013 y 111/2013, 6.3 ).

**c) Cumplimiento del deber de diligencia.-** La actuación en cumplimiento del deber de diligencia (art. 225 LSC) para impedir o revertir un daño, no justifica la acción declarativa escogida. Por su propia naturaleza y como no sea por un efecto admonitivo puramente secundario, una acción declarativa es inidónea para impedir o revertir un daño, a diferencia de una acción inhibitoria o resarcitoria.

**d) Cumplimiento del deber de lealtad.-** Los deberes de lealtad, de fidelidad o de conducta son un mecanismo de recontractación implícita o de reconstrucción de la regla negocial, en otras palabras, fuentes de integración del contrato de administración social (arg. art. 1258 CC ; v. STS 1ª 991/2011, 17.1.2012 ). En este sentido, el administrador, gravado por el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad, podría entenderse legitimado para emprender acciones judiciales de toda clase en cumplimiento de su cometido.

No obstante, por razones procesales y sustantivas, el deber de lealtad de los Consejeros demandantes no legitima una acción meramente declarativa del incumplimiento de los deberes de otros consejeros. «De otro modo, la sentencia que recayera no produciría, con la generalidad que es precisa, los efectos de la cosa juzgada, resultaría prácticamente inútil, y justificaría el reproche de que esa figura [la acción declarativa] no es sino el fruto de la disquisición académica y carece de todo valor práctico» (DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español* 3, I, 1951, 119).

(a) El ejercicio de la acción declarativa corresponde a «aquel a quien se refiere el daño jurídico que la declaración debe reparar» (CHIOVENDA, *Principios* 3, 1925, § 7.4-2º). En caso de compatibilidad de acciones, coincidirá con quien esté legitimado para ejercitar la acción de *condena*, lo que determina en esta materia el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que no contempla a los coadministradores. La declaración debe versar sobre cuestiones que directa o indirectamente afecten al patrimonio jurídico del actor (v. PRIETO-CASTRO, *Tratado* 2, I, § 186) y no vemos cómo el patrimonio de los Consejeros demandantes ha podido verse afectado por los incumplimientos que imputan a los demandados. En esta materia, el Tribunal Supremo tiene afirmado que «la 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 requisitos que integran la responsabilidad» ( STS 1ª 760/2011, 4.11 , *Mariscos Marzá, S.L.* ).

(b) Para la declaración de incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad de los Consejeros demandados, no apreciamos un interés en obrar de los Consejeros demandantes, o necesidad de protección jurídica que legitime la acción, porque la declaración de incumplimiento no debe ser sino un medio *necesario* para evitar un daño injusto (v. CARNELUTTI, *Sistema*, 1936, § 46 d] y DE LA PLAZA, cit., 120). En efecto, con carácter general, no hay necesidad de que se declare el incumplimiento para preservar el interés social que se dice lesionado y, además, en particular, se trata de una declaración sobre un incumplimiento *pasado* y no actual (v. DE LA PLAZA, cit., 119).

(c) En perspectiva sustantiva, «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» ( STS 1ª 662/2011, 4.10 , *Fred Olsen, S.A.* ). Los deberes de conducta del obligado se resumen en dos mandamientos: primero, evitar *ex ante* conflictos de intereses (*no-conflict*), que en un modelo de múltiples principales consiste en no dividir lealtades. Segundo, no abusar *ex post* de la posición obtenida (*no-profit*), que en una relación principal-agente implica que el auxiliar no anteponga sus intereses a los del dueño del negocio (*dominus*). Los deberes de lealtad protegen al principal del oportunismo del agente. Con todo, un consejero no se halla con otro en una relación contractual o cuasicontractual tal que le permita exigir el cumplimiento de estos mandamientos, salvo el deber de confidencialidad o prohibición de abuso de la información compartida.

En consecuencia, se estima la excepción de falta de legitimación activa de los Consejeros demandantes respecto a las declaraciones de incumplimiento por los Consejeros demandados del deber de diligencia (pedimento 1º del suplico) y del deber de lealtad (pedimento 2º del suplico).



**D) Legitimación para la declaración de existencia de conflicto de intereses, incumplimiento del deber de comunicarlos, incumplimiento del deber de abstención y prohibición de intervención futura en los Contratos relevantes.**- Consideramos que concurre un interés tutelable de los Consejeros demandantes para la declaración interlocutoria de **existencia de un conflicto de intereses** en relación con los Contratos relevantes (pedimento 3º). Se trata de una acción declarativa del conflicto de intereses que cobra todo su sentido. La razón de ser de la acción de constatación es obtener la declaración de que existe un conflicto de intereses, acallando a la parte contraria que discute esa circunstancia, jurídicamente relevante porque conlleva un deber de abstención.

En el mismo sentido, estimamos que el **incumplimiento de la obligación de comunicar conflictos de intereses** (pedimento 4º), afecta a la ejecución del cargo por todo administrador porque priva al consejo de administración de información precisa o conveniente para el desempeño de sus funciones.

Igualmente, juzgamos que los demandantes están legitimados para solicitar la declaración de **incumplimiento del deber de abstención** (pedimento 5º) porque los Consejeros demandados habrían bloqueado las funciones del propio Consejo de administración en la adopción de decisiones sobre actividades esenciales de la compañía o, en términos contractuales, estarían interfiriendo en la ejecución por los demás consejeros del contrato de administración.

Finalmente, también entendemos que los demandantes gozan de legitimación para la acción de condena de **prohibición de reiteración futura** de una conducta que reputan ilícita (pedimento 6º). La inhibición constituye el cumplimiento *in natura* de la obligación de no intervenir en los acuerdos y decisiones. Las condenas de futuro convienen cuando media un riesgo de repetición del ilícito, para «evitar juicios reiterados» (CHIOVENDA, *Principios* 3, 1925, § 6.3 b)), riesgo que aquí se infiere de la afirmación pública por los Consejeros demandados de tener derecho a realizar el comportamiento que los demandantes reputan ilícito.

Cabe añadir otro argumento, que empleábamos en el Auto de medidas cautelares, y que puede colegirse del escrito de demanda. Por sus deberes de diligencia y lealtad, los demandantes no pueden consentir ilegalidades en el seno del Consejo, que afecten a la formación de voluntad del propio Consejo, en el que están colegiados. Ciertamente, los Consejeros demandantes salvarían su responsabilidad con solo oponerse expresamente a que voten los consejeros en conflicto, pero el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital legitima a los demandantes para hacer todo lo conveniente para evitar el daño, en lo que se comprende prevenir la intervención del consejero que deba abstenerse, impidiendo así el incremento del daño jurídico o "daño marginal" de nuevas votaciones ilícitas. En el conflicto societario, el daño no es el daño económico que pueda dimanar, en su caso, de la ejecución íntegra de los Contratos relevantes; sino el "daño jurídico" de que los Consejeros demandados sigan votando acuerdos en violación de su deber de abstención e impidiendo así que el órgano representativo de la Sociedad exprese una voluntad desinteresada.

### III

#### CONFLICTO DE INTERESES

**A) El interés social en las sociedades instrumentales.**- La tesis de los Consejeros demandados (pg. 17 de su contestación, también contestación de la Sociedad, § 128) es que el interés social de UFG es el interés común de los socios en función del carácter puramente instrumental o vehicular de la Sociedad, de tal manera que la posición de parte contractual en el Acuerdo de Socios o en el Acuerdo de Inversión prevalece sobre la de socio. Con otro matiz y en relación con el deber de abstención, «cuando la sociedad es un mero vehículo para el cumplimiento de determinados contratos con sus socios, como sucede en nuestro caso, no existirá situación de conflicto alguna en relación a los consejeros designados por esos socios. No surgiendo, por tanto, deber de abstención alguno» (contestación de la Sociedad § 129).

**a) Noción de interés social.**- El concepto de interés social está disputado. Desde las teorías negadoras, oscila entre quienes limitan el interés social al interés común y exclusivo de los socios (tesis contractualista), identificándolo o no con el interés por maximizar el valor de la compañía, pasando por la consideración de la sociedad en cuanto institución-corporación (tesis institucionalista) o también mirando a otros grupos de interesados (*stakeholders*) como los acreedores o los trabajadores, hasta llegar a concepciones exorbitantes que reclaman atender al interés comunitario de la economía entera; en lo que pensamos que convendría una aproximación funcional al interés de la empresa, siendo secundario el interés de terceros no socios mientras no haya riesgo de crédito o de responsabilidad (así, solo en la proximidad a la insolvencia comienza la reorientación de los deberes hacia los acreedores, por devenir estos los nuevos titulares residuales de los activos).

En todo caso, cuando de deberes de lealtad se trata, la definición legal del interés social, vinculante, es la de «interés de la sociedad» (art. 226 LSC) o, dicho de otro modo, debe guardarse fidelidad «a la sociedad» (art.





215-8.1 PCM) u obrar de buena fe «en el mejor interés de la sociedad» (propuesta de art. 227.1 LSC del Estudio de Gobierno Corporativo 2013, que sigue el criterio del mejor interés y no del interés exclusivo). Este mandato de optimización legal es asumible tanto por el Contractualismo inclusivo como por el Institucionalismo moderado (recientemente, eclécticas, las SSTS 1ª 873/2011, 7.12, *Inversora Obelisco, S.A.* y 991/2011, 17.1.2012, *Acciona vs. Transmediterránea*).

Además, aun cuando el interés de la sociedad se identificara predominantemente con el interés exclusivo de los socios, el administrador representa el interés común de todos los socios y no el individual de cada uno de ellos (STS 1ª cit. 991/2011, 17.1.2012), también en una sociedad paritaria, gestiona la sociedad (art. 209 LSC), de modo que velará por si lo mejor para la sociedad es o no la revisión de los contratos por fuerza mayor. El cumplimiento del contrato de sociedad o del contrato parasocial incumbe a los contratantes, quienes podrán exigirse responsabilidad interna por el incumplimiento. Dicho de otro modo, al administrador le incumben los socios como tales, no en cuanto partes de otros contratos pues, en este papel, son extraños al interés social.

**b) Noción de interés social en sociedades instrumentales.-** Se argumenta por los demandados que sería absurdo considerar que en una sociedad en la que las operaciones vinculadas son parte esencial de su actividad, los consejeros a propuesta de uno u otro consocio están en conflicto de intereses. Se añade que las operaciones vinculadas con filiales o participadas de ENI o GNF constituyen parte esencial del desarrollo de su objeto social, tan es así que tanto en los Estatutos (art. 23.1 f) como en el Acuerdo de Socios (cláusula 7.2) se prevé expresamente que tales operaciones deben ser aprobadas por dos tercios de los miembros del Consejo.

Sin embargo, el argumento apagógico (*reductio ad absurdum*) no puede prosperar porque lo que a los demandados les parece absurdo no lo es en la mente del Legislador ni en la del tribunal. El conflicto existe, sin acepción de la persona a la que afecte, y la Ley prescribe que, en tal caso, el administrador interesado debe comunicar el conflicto y abstenerse de intervenir en la decisión.

De todos modos, por la prueba practicada no puede aceptarse que la Sociedad funcione exclusivamente como un vehículo de propósito especial (*special purpose vehicle*) o, al menos, no lo entienden así los Consejeros demandantes o el testigo Sr. Pascual, para quien la empresa social es *ultra vires*. En este sentido, el Sr. Segismundo depone que a 2012, UFG tenía 375 clientes que representaban dos tercios de la rentabilidad del negocio, al margen de los contratos de generación. Finalmente, se alega, sin ser negado de contrario, que la entonces Comisión Nacional de la Competencia, autorizó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Gas Natural SDG, S.A. de Unión Fenosa S.A., con el compromiso (aunque no sea estrictamente un acto propio a nuestros efectos, v. SSTS 1ª 931/2002, 10.10 y 265/2013, 24.4) de que UFG mantuviera la presión competitiva en el mercado. Lo anterior no exige que UFG sea un competidor *maverick* en sentido estricto, pero sí es incompatible con que UFG actúe como un mero vehículo y no como una mercantil con plenas funciones empresariales. « La toma de control de **Unión Fenosa Gas** preocupa, fundamentalmente, porque, en la medida en que Gas Natural pueda ejercer su control sobre ésta, podría suponer su desaparición como competidor independiente en los mercados de mayorista secundario de gas y de suministro minorista de gas. Ello podría darse, incluso, aunque Gas Natural no se coordinara con ENI, puesto que puede utilizar su influencia decisiva sobre la empresa para debilitar o anular el desarrollo competitivo de **Unión Fenosa Gas** en estos mercados, en los que opera a través de **Unión Fenosa Gas** Comercializadora. [...] Gas Natural ofrece, además de las desinversiones, ciertos remedios de comportamiento para facilitar la viabilidad de ENI y de **Unión Fenosa Gas** Comercializadora como competidores de la entidad resultante en el mercado español, estableciendo medidas [...], eliminando de este modo el riesgo de que Gas Natural pueda desarrollar estrategias que debiliten a esta entidad como competidor en el mercado en beneficio de la entidad resultante » (Resolución CNC 11.2.2009, §§ 840 y 845).

Desde luego, es posible que el compromiso asumido ante las autoridades de competencia no contara con el convencimiento interno de los partícipes y tales compromisos no pueden erigirse en un argumento decisivo a efectos civiles. Lo que sucede es que, en la realidad del tráfico, los vehículos jurídicos estructurados como sociedad tienden a adquirir vida propia, esto es, a tener un interés social autónomo al propósito de su fundación y este debe ser la vara de medir los deberes de lealtad del administrador.

Finalmente, explicaremos luego (Fundamento V, E] a]) que el negocio de empresa conjunta, en lo atinente al precontrato de sociedad, se agota con la constitución de esta, sin que el precontrato agotado sirva para definir el interés social en el contrato definitivo que lo reemplaza.

## **B) Nociones sobre el conflicto de intereses.-**

**a) Concepto.-** Una colisión o conflicto de intereses es una situación de presión motivacional o dilemática de un decisor respecto al seguimiento de conductas incompatibles, que dificulta un comportamiento adecuado a Derecho, pero que no elimina la capacidad de obrar de acuerdo al orden jurídico.



**b) Clases de conflicto.-** Los conflictos pueden ser bien *ocasionales* o coyunturales o bien *permanentes* (generalmente, son conflictos permanentes los llamados funcionales, por actuación simultánea en sociedades relacionadas). En el caso enjuiciado, el conflicto se presentaría permanente en relación con los Contratos relevantes, que son una actividad esencial de la Sociedad, si bien vamos a reducir después el punto de colisión jurídicamente relevante [v. *infra* Fundamento V A] d]), quedando el conflicto como ocasional puesto que, a los efectos del objeto del debate litigioso, solo afectará a la decisión sobre la activación de la cláusula de fuerza mayor en los Contratos relevantes.

Asimismo, se distingue entre conflictos *patrimoniales* y *posicionales*, estos por el deseo de retener el cargo.

También suele diferenciarse entre conflicto directo e indirecto. «El interés es *directo* cuando el administrador, o un testaferro suyo, aparece como contratante en nombre propio en el mismo contrato en que intervenga él o el Consejo de administración en nombre de la sociedad. El interés es *indirecto* cuando el administrador no asume el papel de parte contratante en su propio nombre, sino que el contrato se cierra con una sociedad administrada o dominada en cualquier forma por el administrador, o se concluye con un acreedor suyo, o con cualquier persona cuyos intereses están estrechamente vinculados a los del administrador» (GARRIGUES/URÍA, *ComLSA* 2, II, 1953, art. 76 § V). Se trata de un acto vecino o con cierta afinidad con el autocontrato pues la persona del interés vinculado interviene como contratante y a la vez concurre por medio del consejero a la votación del acto, o para autorizarlo o para controlarlo (v. DE CASTRO, *El autocontrato en el Derecho privado español*, 1927, 125).

Finalmente, conviene recordar la división entre conflicto en *interés ajeno* y en *interés propio*. Aquí, el conflicto de los Consejeros demandados es en interés de GNF, salvo el deseo, que podría ser común a todos los consejeros de UFG, de no arriesgar el favor o la remuneración recibida del *dominus*. «En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés [...] obliga al administrador a abstenerse de: [...] Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía» (Estudio de Gobierno Corporativo 2013, propuesta de art. 229.1 e] LSC). En una sociedad conjunta, la colisión entre el interés de socio y el del administrador auspiciado, pertenece a la categoría de los "mandatos de influencia" (por oposición a mandato representativo) en los que, a cambio de una contraprestación, que puede consistir en una remuneración o en mantener el nombramiento, el administrador votará en el sentido indicado por el socio proponente que podría ser calificado, justamente, como administrador oculto.

### C) Conflicto entre el interés de UFG y el de GNF.-

**a) Identificación de intereses extrasociales.-** En el contexto comercial subyacente al litigio, si a UFG le asistiere la facultad de denunciar o suspender por fuerza mayor los contratos de suministro a empresas del grupo GNF y no lo hiciera, por el principio de la diferencia, se estaría produciendo un daño emergente a la suministradora UFG (solo semiparticipada por GN) y un beneficio atípico para las empresas suministradas (total o mayoritariamente participadas por GN). Además, los Consejeros demandantes alegan un eventual lucro cesante por no poder suministrar a clientes alternativos.

Por el porcentaje de su participación, al grupo GNF le puede salir a cuenta perder dinero en UFG para ganarlo en las compañías suministradas. Cumple aclarar que, en términos de valor consolidado, es indiferente que la pérdida se asuma por la dominante UFG o por una filial cuasiunipersonal (UFGCom) ya que la menor valoración de la filial repercute como activo en la valoración de la matriz.

Por otra parte, el conflicto actual no desaparece por los dividendos pasados repartidos por UFG o por que el resultado social se mantenga positivo.

Finalmente, los Consejeros demandados están remunerados por GN, según el informe anual de gobierno corporativo de esta sociedad ( *doc. n° 47 de la demanda*, pgs. 18-19), siendo además directivos de GN, lo que son intereses financieros y funcionales que entran en conflicto con el social de UFG, sin perjuicio del conflicto simétrico de los Consejeros demandantes, que no es objeto del litigio salvo para rechazar la excepción *tu quoque* en relación con los Contratos relevantes (v. *infra* Fundamento V, D] c]).

**b) Requisitos putativos opuestos por los demandados.-** Según lo explicado (v. *supra* B]), no es óbice para apreciar la colisión de intereses que los Consejeros demandados no ostenten la representación de GN porque existe el riesgo de que actúen como gestores o agentes dobles del interés social y del extrasocial de GNF.

Además, discrepamos de la tesis de los Consejeros demandados de que las personas que generan el interés extrasocial solo pueden ser las personas vinculadas del artículo 231 de la Ley.

Ciertamente, el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital es una norma insuficiente en su literalidad ( *minus dixit quam voluit* ), máxime si la comparamos con la norma análoga de los ordenamientos más



avanzados. Ahora bien, podría interpretarse *mutatis mutandis* para regular el conflicto de los consejeros "dominicales" (en términos habituales para las sociedades cotizadas). Entre GN y los Consejeros demandados habría vinculación porque GN tiene la facultad de nombrarlos o destituirlos (arg. art. 231.1 d] LSC / 42.1 b] CCom ) en virtud de los pactos parasociales y, también, porque se presume la vinculación en cuanto son altos directivos de la sociedad dominante (arg. art. 231.1 d] LSC / 42.1 d] CCom ).

Sin embargo, ni siquiera es precisa una interpretación adaptativa. El apartado primero del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital en ningún momento supedita el deber de abstención a que el conflicto lo hubiera generado precisamente una persona vinculada. La existencia de un conflicto, directo o indirecto, es condición necesaria y suficiente para que surja el deber de abstención. A los efectos del deber de abstenerse de intervenir, lo relevante es la vinculación objetiva entre intereses y no entre personas o, en otras palabras, que no puede intervenir en una votación sobre un asunto «quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social» ( STS 1ª 781/2012, 26.12 , *Proyecto Alvargómez, S.L.* ).

Finalmente, alegan los Consejeros demandados (pg. 76 de su contestación) que «con arreglo a la LSC, no existe obligación alguna de abstención del socio en caso de que un conflicto de intereses se plantee en el ámbito de las sociedades anónimas, como lo es UFG, razón por la cual tampoco podría estimarse -además de porque no se ha pedido- que existe una obligación del socio, y, por ende, del administrador nombrado a su propuesta de abstenerse en las correspondientes votaciones».

Tal argumento no es de recibo. Valorativamente, la regulación debe equipararse en todas las sociedades de capital (v. art. 231- 63 PCM y propuesta de art. 190 LSC del Estudio de Gobierno Corporativo 2013). Además, de la regulación de la junta no se siguen consecuencias jurídicas para la del órgano de administración. En todo caso, literalmente, el artículo 229 de la Ley se aplica a los administradores de todas las sociedades de capital, limitadas o anónimas.

**D)Existencia de conflicto de intereses respecto a UGGCom** .- Los Consejeros demandantes incluyen entre los Contratos relevantes también el contrato entre la Sociedad y **Unión Fenosa Gas** Comercializadora de 15/5/2005 (pg. 21-22 de la demanda).

Empero, podría argüirse (pgs. 50-51 de la contestación de los Consejeros demandados) que la sociedad UFGCom es filial al 99,99% de UFG, con lo que el interés de esta filial estaría alineado con el interés social, no siendo un interés extrasocial.

Disentimos de esta argucia. El precio al que UFG vende a UFGCom se fija indirectamente por el precio en el que, a su vez, UFGCom comercializa el gas a terceros, siendo una parte relevante en esta fijación el precio de suministro en los contratos de generación. El objetivo es que UFGCom obtenga un pequeño margen como intermediario. Aunque desconocemos la mayoría de los contratos entre UFG y UFGCom, UFG no podría fijar libremente el precio de transferencia a UFGCom en función del coste de aprovisionamiento porque esto llevaría a la liquidación por pérdidas de UFGCom. Con esta estructura y dadas las restricciones en el precio de suministro a UFGCom, en la concreta decisión de si debe declararse la fuerza mayor, también en relación con el contrato de UFGCom, esta filial representa un interés extrasocial distinto al de UFG. Además y en cualquier caso, en el concepto de interés indirecto se comprendería la decisión sobre contratos con UFGCom en conexión medial necesaria con los de las filiales del grupo GNF, en otras palabras, los Consejeros demandados no están en una situación desinteresada para decidir sobre la notificación de fuerza mayor en el contrato con UFGCom porque, de revisarse este, repercutiría en el suministro a las filiales de GNF.

IV

#### **DEBER DE REVELACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES**

El artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital «Situaciones de conflicto de intereses» establece en su párrafo I un **deber de revelación** : «Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad».

En el elenco de medidas para tratar los conflictos de intereses destaca el deber de transparencia, que se cumple con la revelación del conflicto ( *disclose* ). En ocasiones, el propio acto de revelar disipa el conflicto y, en algunos ordenamientos, al conflicto revelado le seguirá, en su caso, la impugnación del acto, sin exigir la abstención del consejero que informó del conflicto. En nuestra Ley, la revelación es útil si el conflicto está oculto y, además, puede llegar a impedir una pretensión impugnatoria porque si, a diferencia del caso de autos, el otro socio consiente informadamente el voto del socio en conflicto, bajo determinadas circunstancias y no en todo supuesto, luego no podrá aducir la existencia de abuso.



En efecto, señalada la finalidad de la norma, cuando todos los consejeros saben del conflicto, la revelación carece de sentido. En el Consejo de 20/3/2013, todos los consejeros acudían con los dos gorros puestos. Reconoce el propio escrito de demanda (pg. 56) que «ciertamente no hacía falta [comunicarlo] puesto que el conflicto es absolutamente claro y evidente».

Procesalmente, si no hace falta comunicar, no hay necesidad de protección jurídica, por lo que la acción meramente declarativa es improsperable.

Sustantivamente, al que sabe y consiente no se le hace injusticia ni se le engaña (*nulla iniuria est, quæ in volentem fiat* [ULPIANO, Dig. 47,10,1,5]). Como un Legislador racional no pide actos vanos, la premisa implícita del deber de comunicar es el desconocimiento de la situación por los demás consejeros. «Resulta evidente que a los demandados no se les puede imputar consecuencias de no haber comunicado al consejo de administración la realidad del conflicto, ya que el mismo era conocido por los miembros de dicho órgano, como resultado directo del acuerdo de participación accionarial de [...] y de su ejecución reiterada en el tiempo» ( STS 1ª 793/2011, 17.11 , *Mazda Motor España, S.A.* ; en el mismo sentido, eximiendo expresamente del deber de comunicar el interés en una operación o acuerdo existente cuando los demás consejeros ya lo conocen o deben razonablemente conocerlo, art. 182[6][b] Companies Act 2006).

En consecuencia, no se estima infringido el deber de comunicar el conflicto de intereses, con la consecuente desestimación del pedimento Cuarto.

V

### DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN CONFLICTO

El artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital añade en su párrafo II al deber de revelación, un **deber de abstención** : «El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera».

Considerando que hemos declarado en el Fundamento III antecedente que existe el conflicto de intereses invocado, se impone *prima facie* el deber de abstención a los Consejeros demandados.

Sin embargo, estos no reconocen el deber de abstención con los siguientes argumentos, que resumimos:

a) El artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital sería una norma dispositiva. Al parecer de los Consejeros demandados (pgs. 90 ss. de su contestación), ninguna de las razones que, en abstracto, justifican la imperatividad de las normas societarias, concurren en este caso. En particular, afirman que el contrato social o parasocial, al imponer una mayoría reforzada (equivale a unanimidad con dos socios paritarios) puede excluir el deber de abstención porque no se niega el límite institucional del interés o el orden público (1255 CC) ni perjudica a terceros ( art. 6.2 CC ), ni a socios minoritarios ( art. 7 CC ).

b) El deber no sería exigible en situaciones consustanciales a una compañía paritaria, que sería precisamente el instrumento que permite la ejecución de los contratos de aprovisionamiento y suministro de gas.

c) Teniendo en cuenta el objeto social de UFG y las previsiones estatutarias y del Acuerdo de Socios, los deberes de diligencia y lealtad de los Consejeros demandados les obligarían a participar en la reunión del consejo de que se trate y votar lo que resulte más conveniente para el interés social respetando, en todo caso, las previsiones contenidas en los Estatutos y en el Acuerdo de Socios.

d) Además, el tratamiento de las controversias estaría expresamente regulado tanto en los Estatutos sociales, como en el Acuerdo de Participación y el Acuerdo de Socios, que prevén mecanismos de desbloqueo que no consisten en la abstención de uno de los socios. Sostienen que no deben abstenerse en la decisión de notificar fuerza mayor en los contratos de suministro, con mayor razón, dada la importancia y riesgos de la decisión.

e) Recuerdan los actos propios de los Consejeros demandantes, que vendrían adoptando acuerdos desde la entrada de ENI en el accionariado de la Sociedad sin abstenerse, lo que habría convalidado las infracciones del deber de abstención, en caso de haber existido. Igualmente, señalan la aquiescencia de los demandantes que, incluso tras comenzar la inestabilidad en Egipto, han intervenido en acuerdos relativos tanto con contratos "aguas abajo" como "aguas arriba" sin manifestar hasta el Consejo litigioso de 20/3/2013 que los Consejeros demandados se hallaran en una situación de conflicto de intereses. De ello sería ejemplo el contrato de 12/2/2013 entre UFGCom y GNCom, firmado también por el Sr. Justiniano ( *doc. nº 25 de la demanda* )

f) El propósito oculto de los demandantes, como adláteres de ENI, sería hacerse con el control de la Sociedad. De estimarse sus pretensiones, los Consejeros demandantes o ENI obtendrían el control de una sociedad de la que ENI solo ostenta el 50% de sus acciones y dejarían al accionista titular del 50% restante sin posibilidad de tomar decisión alguna en relación con la misma.



g) Ya en sus conclusiones, la Sociedad sostiene que una interpretación del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital española que afectara al ejercicio del derecho de voto por los consejeros nombrados a propuesta de una de las partes, podría no avenirse al necesario respeto de las libertades comunitarias de circulación y establecimiento.

**A) Imperatividad del deber de abstención.-** Como cuestión previa, debe determinarse si el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital es norma imperativa o dispositiva. Si fuera dispositiva, los estatutos sociales o los pactos parasociales integrarían la *lex contractus*.

**a) El deber de abstención no es de orden público.-** No es aceptable la tesis de los Consejeros demandantes de que la norma es de orden público.

Antes bien, ya los redactores de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas (1951) «creyeron que formular normas prohibitivas de carácter general encierra el peligro de impedir a veces la celebración de contratos que pueden ser beneficiosos para la sociedad, aunque en ellos tenga un interés el propio administrador». Tales redactores confiaron en la moralidad de los administradores, en el cese del administrador en conflicto permanente y en la responsabilidad disuasoria del administrador (GARRIGUES/URÍA, *ComLSA* 2, II, 1953, art. 76 § V). En otras palabras, la cuestión efectivamente se planteó y no se consideró que el deber de abstención fuera un principio intangible sino que optaron por la solución contraria.

Justamente, el deber de abstención pertenece a un modelo preventivo absoluto, de inspiración en la ley italiana (antes de ser reformada) y francesa, en retroceso frente a modelos híbridos. En efecto, en su redacción actual (por Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, n. 6), el artículo 2391 del Código Civil italiano permite el voto al administrador interesado y solo contempla el deber de información y un control *ex post* por impugnación del acuerdo adoptado con el voto determinante del administrador interesado. Tampoco hallamos el deber de abstención en las legislaciones más avanzadas en esta materia, como en el artículo 182 de la Companies Act 2006, que solo impone un deber de declarar el conflicto. Es difícil sostener que el orden público societario británico o italiano pueda diferir en mucho del orden público patrio.

**b) El régimen de los deberes de lealtad es primordialmente imperativo.-** El artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, al disponer que «los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos», emplea verbos futuros de marcado tono imperativo. «El régimen de los deberes de lealtad y la responsabilidad por su infracción es primordialmente imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten» (Estudio de Gobierno Corporativo 2013, propuesta de art. 230.1 LSC). La mayoría de la doctrina considera que el deber de lealtad es esencial a todo contrato de gestión y el Derecho de sociedades establece entre la sociedad y el administrador una relación gestora típica; lo que se predica de todo tipo de sociedades, también para las cerradas (EISENBERG, *The Structure of Corporation Law*, Colum. L. Rev. 89, 1989, 1469-1470; en España, RIBAS, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, 2004, 448).

El deber de lealtad obliga al administrador a defender el mejor interés social y, por tanto, se estima adecuado prevenir una eventual postergación del interés social por quien tiene un conflicto entre el deber y el interés, aunque no haya lesión para la sociedad administrada. Precisamente, entre las medidas de salvaguarda públicas (no contractuales) contra los conflictos de intereses, el dique último, ampliamente respetuoso de la libertad de los operadores económicos, es el deber legal de lealtad impuesto al administrador, del que pueden regularse instancias. El deber de lealtad actúa así como frontera moral o cláusula de cierre del sistema de medidas públicas contra los conflictos de intereses.

Además, en nuestro Ordenamiento, el deber de lealtad lleva al deber de abstención, si bien hay propuestas que salvan de la abstención los conflictos de intereses meramente posicionales: «En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que afecten a su propia posición como administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado» (Estudio de Gobierno Corporativo 2013, propuesta de art. 228 c] LSC). Sin embargo, en el caso de autos no se sustancia un conflicto meramente posicional.

Por otra parte, los Consejeros demandados, con carácter subsidiario, para el supuesto de que se aceptase la existencia de un conflicto de intereses (*quod non* aceptan) y que se considerase que el carácter presuntamente imperativo del artículo 229.1 de la LSC impide su posposición por los estatutos y pactos suscritos por las partes (*neque* admiten); propugnan que se detectaría en este artículo una laguna oculta al no prestar atención a una especialidad relevante en orden a la valoración, debiendo integrarse por la vía de una *reducción teleológica*



de la norma, añadiendo la restricción echada de menos (LARENZ, *Metodología de la ciencia en Derecho*, 2001, 370).

Aun así, aparte de que para buena parte de la doctrina la laguna está tan oculta que no se ve, la reducción teleológica procedería para dispensar del deber de abstención en relación con los Contratos relevantes, pero no para excusar el incumplimiento del deber en circunstancias que no fueron razonablemente previstas en el negocio de empresa conjunta (v. *infra* letra d)), para las que entendemos que la teleología de la norma corrobora la subsunción en la norma.

**c) El régimen de los deberes de lealtad no es imperativo in totum .-** Los Consejeros demandados exponen que el deber de lealtad «es imperativo para los administradores, pero es dispositivo en la medida que puede ser "derogado" en alguna de sus concreciones con el consentimiento de todos los socios», lo que ocurriría en nuestro caso, cuando todos los socios, sin lesión de terceros, han acordado abordar el eventual conflicto de intereses de una manera diferente y más adecuada a las características de la sociedad que comparten, que la prevista con carácter general por el Legislador.

A nuestro juicio, bajo determinadas circunstancias, incluso el deber de lealtad puede ser relevado con el consentimiento de todas las partes (análogamente, *Restatement [Third] of Agency*, 2006, § 8.06); también el deber de lealtad de los administradores si cuenta con el consentimiento de todos los socios (entre otros, ALFARO, *Imperialismo económico y dogmática jurídica*, RDM 1999, 941 o SITKOFF, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, B. U. L. Rev. 91, 2011, 1046).

Con todo, debemos precisar que los empresarios (*venturers*) no pueden disponer propiamente de los deberes de lealtad de terceros, como son los administradores de UFG, ni en los estatutos sociales ni en los pactos parasociales. Las partes contractuales en ambos instrumentos no son los administradores. A lo sumo, se puede aceptar que la relevación tácita del deber de abstención de voto es una estipulación en favor de los administradores (art. 1257 II CC) y estos pueden oponer el contenido de tales contratos ante el socio que no hiciera honor a ellos. Esta excepción no ha sido opuesta o, al menos, no bajo esta institución, pero no es importante por lo que se explica a continuación.

**d) La abstención de la decisión de aplicar la cláusula de fuerza mayor es imperativa.-** No disienten los contendientes en la aplicabilidad del régimen de las operaciones vinculadas, que igualmente abarca la terminación de contratos vinculados (v. art. 283-47 PCM para sociedades cotizadas). La decisión de resolver o no, modificar o suspender los contratos de suministro por alteración de las circunstancias, con fundamento en doctrinas generales (cláusula *rebus sic stantibus*, base del negocio, prestación exorbitante, *implied condition*, *impracticability*) o por la existencia de una cláusula contractual expresa de fuerza mayor (*force majeure clause*), supone el ejercicio de un derecho potestativo o de una facultad de configuración jurídica por la Sociedad bajo el régimen de las operaciones vinculadas.

Ahora bien, según las últimas propuestas normativas, la dispensa requeriría un acuerdo, bien de junta o bien del consejo, pero siempre con abstención de la parte interesada (v. art. 283-47 PCM y Estudio de Gobierno Corporativo 2013, propuesta de art. 230.3 y, para sociedades cotizadas, propuesta de art. 529 ter LSC).

Aunque pensamos que las propuestas todavía están ancladas en una concepción excesivamente preventiva, hay cierto consenso doctrinal en que la dispensabilidad de los deberes de lealtad exige [i] un consentimiento informado del órgano autorizante (lo que presupone un deber de transparencia), [ii] que la operación o decisión sea objetivamente justa (*fairness*) y [iii] orientada en el mejor interés de la sociedad.

Por aplicación del anterior test, consideramos que los Consejeros demandados debieron y deberán abstenerse en relación con los acuerdos o decisiones sobre la notificación de fuerza mayor en los Contratos relevantes. Una situación de fuerza mayor en Egipto fue razonablemente imprevista en el momento de suscribirse los estatutos y los pactos parasociales o, al menos, subestimada. En este sentido, no pudo haber un consentimiento informado para la relevación tácita a los consejeros del deber de abstención del voto. No estaba en la voluntad real (art. 1283 CC) ni en la voluntad hipotética común de las partes (*in idem placitum consensus* de dos contratantes honestos en torno a un justo equilibrio de intereses) que los Consejeros demandados pudieran adoptar un comportamiento oportunista bloqueando una decisión de activar la cláusula de fuerza mayor en los Contratos relevantes. Dicho de otro modo, no había transparencia en el momento de contratar y sorprende a la parte a quien no afecta el conflicto que tales cláusulas quieran ahora hacerse valer en esta situación. Luego, aunque acojamos la postura de imperatividad matizada del régimen del deber de lealtad de los administradores y el consiguiente deber de abstención, no es razonable pensar que los socios eximieron a los Consejeros demandados de su deber para el caso de una revolución en Egipto, porque no se representaron tal posibilidad o no le otorgaron suficiente relevancia como para introducir una específica previsión contractual.



**B) Planteamiento de cuestión prejudicial comunitaria.**- La Sociedad sugiere el planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria ( art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ) porque, en su tesis, la imposición del deber de abstención a los Consejeros demandados podría vulnerar las libertades de establecimiento y circulación.

Esta cuestión jurídica no ha sido planteada en su escrito rector y, en principio, una sentencia congruente no puede apartarse de la fundamentación desplegada por las partes ( art. 218.1 II LEC ). Las conclusiones no sirven para ampliar el objeto del proceso a cuestiones no advertidas o no suscitadas previamente ( art. 412 LEC ), de modo que se habría producido la preclusión de las alegaciones que no se hicieron valer en el momento inicial de la litis ( art. 400.1 LEC ), lo que tiene su fundamento último en la salvaguarda del principio de defensa ( art. 24.1 CE ).

En todo caso, aunque el planteamiento sea facultativo por ser nuestra sentencia susceptible de recurso ( art. 267 III TFUE ), haríamos bien en elevar la cuestión si estimáramos necesaria una decisión prejudicial para poder emitir nuestro fallo ( ex art. 267 II TFUE ). Además, el derecho de audiencia quedaría satisfecho en el propio cauce para el planteamiento de la cuestión. Sin embargo, el alegato de la Sociedad es una martingala que no hace necesario el planteamiento.

Todas las sentencias citadas por la Sociedad y algunas otras ( SSTJUE 23.10.2007 , *Comisión/Alemania* ; 14.2.2008 , *Comisión/España* ; 10.11.2011 , *Comisión/Portugal* y 8.11.2012 , *Comisión/Grecia* ), contienen una doctrina que no es trasladable al deber de abstención de los administradores. En ellas, el sujeto legitimado es el socio y, ciertamente, la libre circulación de capitales confiere la posibilidad al titular de las acciones de participar efectivamente en la gestión y control de la sociedad ("inversiones directas", frente a las "inversiones de cartera"); así como el derecho de establecimiento debe permitir ejercer al socio una influencia efectiva en los acuerdos de la sociedad y determinar sus actividades; siendo el ejercicio de los derechos de voto uno de los principales medios por los que el accionista puede participar activamente en la gestión de una empresa o en su control.

En todas las sentencias, el presupuesto de los derechos de circulación y establecimiento es la «titularidad de una participación en el capital de una sociedad», siendo evidente que el administrador no actúa en cuanto tal titular. Este régimen «solo afecta a los accionistas que pueden ejercer una influencia efectiva» ( SSTJUE 26.3.2009 , *Comisión/Italia* y 8.11.2012 , *Comisión/Grecia* ). Además, la abstención del voto de los administradores resulta de la aplicación normal del Derecho de sociedades ( *a contrario* , STJCE 13.5.2003 , *Comisión/Reino Unido* ) sin que se trate de una medida legislativa nacional en beneficio únicamente de los actores públicos sino que favorece a todos los accionistas ( *a contrario* , SSTJCE 23.10.2007 , *Comisión/Alemania* ; 8.7.2010 , *Comisión/Portugal* ; 11.11.2010 , *Comisión/Portugal* y 10.11.2011 , *Comisión/Portugal* ).

Se podrá decir que, indirectamente, menguan las posibilidades de gestión o control por GN de la Sociedad en el seno del Consejo. Sin embargo, es imperativo que el administrador no esté controlado en su actuación por ningún socio. Además, dada la conformación paritaria del Consejo y que la ley española exige la mayoría absoluta para aprobar los acuerdos, la mitad de los consejeros no van a poder controlar el Consejo pese a la abstención de la otra mitad (v. *infra* Fundamento VI D)], con lo que los abstenidos tampoco pierden el control efectivo de la decisión.

**C) Alcance del deber de abstención.**- En la acción declarativa de incumplimiento (pedimento 5º) se reproduce el texto legal, por cuanto que los Consejeros demandados no se habrían abstenido de "intervenir"; mientras que en la inhibitoria (pedimento 6º) se suplica la abstención tanto de la votación como de la deliberación.

La doctrina se divide al tratar del alcance del deber de abstención. Una tesis, sostenida por varios informes de gobierno corporativo (sin motivación específica; últimamente, Estudio de Gobierno Corporativo 2013, propuesta de art. 228 c] LSC), adelanta el deber a la fase de deliberación de los acuerdos para evitar su influencia en la votación, al suponerse pernicioso. No obstante, para otra opinión, la intervención del administrador en la deliberación mejora el proceso de decisión colectiva pues el administrador en conflicto puede informar de primera mano sobre las circunstancias del conflicto y, posiblemente, sea quien mejor conozca la operación (v. RIBAS, cit. 2004, 483 o EMBID/GÓRRIZ, *ComLSA* 2, II, 2009, 1438; en el sentido de limitar la abstención al voto, art. 231 - 63 PCM para el socio ; artículos L. 225 - 40 I del Código de Sociedades francés o 523.1 IV del Código de Sociedades belga). El artículo 10.2 de la Propuesta modificada de Quinta Directiva sobre estructura de las sociedades anónimas (1983) alcanzó una postura intermedia por cuanto «el miembro interesado tendrá derecho a ser oído, pero no podrá tomar parte ni en la deliberación ni en la decisión del órgano de dirección relativas al acuerdo correspondiente».

Por nuestra parte, juzgamos más razonable permitir la deliberación junto con el administrador interesado. En interpretación declarativa estricta, la Ley española priva al consejero de la intervención en el "acuerdo" o "decisión" y no en la sesión; el derecho a ser oído es un derecho a deliberar, sin que comprendamos la diferencia



entre ser oído una o más veces y, finalmente, queda dicho que el deber de abstención está en retroceso en los ordenamientos avanzados por lo que no se justifican interpretaciones extensivas.

En consecuencia, hemos de desestimar parcialmente la inhibitoria en cuanto a la prohibición de intervenir en las deliberaciones.

**D) Conformidad de la demanda a la buena fe.**- Los Consejeros demandados oponen una serie de doctrinas comunes, todas ellas relacionadas con el supraprincipio de la buena fe, que no reconocen en los demandantes.

**a) Doctrina de los propios actos.**- A nadie le es lícito ir contra sus propios actos ( *adversus factum suum* [...] *pater movere controversiam prohibetur* , ULPiano, Dig. 1,7,25 pr.). Actos propios son los idóneos para revelar una vinculación jurídica y tal doctrina tiene su fundamento en la buena fe en el ejercicio de los derechos ( art. 7.1 CC ) y en la protección de la confianza que la conducta produce. Para que resulte aplicable tal doctrina, han de concurrir los siguientes requisitos: (i) existencia de una conducta jurídicamente relevante; (ii) que tal conducta tenga una significación inequívoca y sea susceptible de generar en terceros expectativas razonables y (iii) que la conducta posterior sea incompatible con la anterior y defraude las legítimas expectativas creadas. Citando otras, recientemente, STS 1ª 532/2013, 19.9 .

Inmediatamente se comprueba que, bien interpretada, la doctrina de los actos propios no es oponible a los Consejeros demandantes. El comportamiento de los demandantes en el Consejo de 20/3/2013 no fue animar al voto a los Consejeros demandados o hacerles ver que respetarían el voto emitido. Antes bien, insistieron en que debían abstenerse de votar por encontrarse en conflicto de intereses. Que la demanda se fundamente en la infracción del deber de abstención no puede defraudar la confianza de los Consejeros demandados, convenientemente avisados del criterio opuesto de los demandantes.

En cualquier caso, el deber de abstenerse de votar el acuerdo sobre la activación de la cláusula de fuerza mayor es imperativo y el acto contrario nulo ( art. 6.3 CC ), no susceptible de confirmación. La doctrina de los actos propios no sirve a garantizar un espacio de ilicitud, convalidando actos nulos de pleno derecho ( SSTS 1ª 80/1993, 10.2 y 194/2011, 16.2.2012 , citando otras).

**b) Doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos.**- Una manifestación de la buena fe en el ejercicio de los derechos es la *Verwirkung* o retraso desleal, doctrina de origen germánico y asumida por nuestra jurisprudencia (v. recientemente, SSTS 1ª 532/2013, 19.9 y 579/2013, 26.9 ), según la cual un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. Son tres los elementos de esta figura: (i) la omisión del ejercicio del derecho, (ii) el transcurso de un periodo de tiempo y (iii) la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

Ahora bien, esta doctrina implica juicios de valor, entrando en los terrenos de la equidad, y desconoce el juego normal de los derechos, por lo que debe aceptarse con prevenciones. La invocada doctrina sirve, ciertamente, para reprobador ejercicios tan tardíos de un derecho que deban considerarse contrarios a las exigencias de la buena fe. Pero no basta la mera pasividad del titular del derecho silente (si fuera así, los plazos legales de prescripción perderían toda utilidad); sino que la indicada doctrina exige que esa pasividad vaya acompañada de actos o circunstancias que puedan fundar en el obligado la razonable convicción de que ya no será compelido a cumplir o de que se consiente la vulneración jurídica que daría derecho a reclamar. En fin, el mero transcurso del tiempo no es suficiente pues la regla general es la de la preservación de acciones en tanto no prescriban (así, STS 1ª 992/2004, 18.10 ).

En efecto, por los mismos argumentos que se ha rechazado el juego de los actos propios y una vez reducido el conflicto de intereses exclusivamente a hacer valer la cláusula de fuerza mayor, tampoco consideramos que esta doctrina sea relevante al caso al no haberse producido confianza legítima en los Consejeros demandados y porque la ilicitud del voto emitido, que contraviene una prohibición, no puede por principio depender de que una o las dos partes admitan la validez del negocio (v. STS 1ª 173/2009, 18.3 ). Hay defectos de menor importancia en los que, por el ejercicio conforme a la buena fe de los derechos y por seguridad del tráfico jurídico decae la posibilidad de denunciar la ilicitud, especialmente cuando las partes hubieran procedido conforme a la reglamentación negocial (FLUME, *El negocio jurídico* 4, 1992, §10.3 d]). Pero, diversamente, la buena fe es inane para sanar otros vicios que no puedan reputarse de menor importancia y, en particular, los que protegen intereses que trascienden los particulares de los administradores, como es el interés de la sociedad.

**c) Defensa in pari causa .-** Los Consejeros demandados oponen la existencia de un conflicto de intereses omnilateral, consistente en un comportamiento simétrico de los demandantes respecto a contratos de la Sociedad con empresas del grupo ENI, que deslegitimaría su acción.





Esta defensa, que está reconocida en algunos códigos extranjeros, también se expresa en las reglas *in pari causa turpitudinis* (Código de JUSTINIANO, 4,7,5) principio *nemo auditur* o regla *tu quoque* (v. distintas expresiones en STS 1ª 863/2010, 27.12 ), la tesis de la deslegitimación equitativa ( *equitable disqualification* ) o, con un ámbito más amplio, la doctrina por la que los demandantes deben presentarse ante los tribunales con las manos limpias ( *clean hands doctrine* ). La defensa se ha fundamentado, sin consenso, entre otras justificaciones, en razones de moralidad, en que los tribunales no deben amparar a los infractores y que la estimación de la excepción incentivaría la conclusión y ejecución de contratos ilegales.

No obstante, puesta ahora en relación con el voto en violación del deber de abstención, la doctrina de los actos propios y su manifestación particular que es el principio *nemo auditur* no priva de legitimación para impugnar actos nulos ( SSTS 1ª 173/2009, 18.3 y 826/2009, 21.12 ) porque los actos ilícitos no pueden generar expectativas razonables ( STS 1ª 79/2012, 1.3 ).

Aunque ENI también ejecute alguna operación vinculada con la Sociedad (declara el Sr. Jose Miguel , reconoce el Sr. Justiniano y confirma el Sr. Pascual ), con independencia de que parecen ser contratos de intercambio ( *swap* ) a corto plazo, bajo el principio de plena competencia o en condiciones de mercado ( *arms length* ) y de menor importancia relativa como el de 8/7/2013, ello no supone que le afecte un deber de abstención respecto de los Contratos relevantes en este juicio. «Es necesario diferenciar aquellos supuestos en que el conflicto de interés que afecta a varios socios es distinto para cada uno de ellos, o siendo el mismo, concurren en cada socio circunstancias dignas de una apreciación específica, de aquellos otros supuestos en los que el conflicto detectado es idéntico para todos ellos y no existen circunstancias específicas que precisen de una atención individualizada. En el primer caso, resulta razonable que la abstención opere de forma separada y por individuo, pudiendo participar en la votación los socios a los que la concreta situación de conflicto contemplada no afecte, ya que entonces su voto no está viciado por razón alguna. En consecuencia, sólo se excluirá del cómputo de la mayoría el voto "contaminado", no los de todos los socios» ( SAP Barcelona 15ª 487/2007, 18.10 que, no obstante, resuelve la exclusión conjunta de voto dado que afectaba a ambos socios el mismo conflicto). Lo anterior sin perjuicio de que, en lógica reciprocidad, los consejeros dominicales de ENI quizá tuvieran que abstenerse en las operaciones vinculadas UFG-ENI que no fueran insignificantes (regla *de minimis* ) al no formar parte de los contratos preexistentes.

#### **E) Sociedad cerrada y deber de abstención.-**

**a) Tipología de la Sociedad.-** UFG es una *empresa conjunta* estructurada como sociedad por acciones. Se trata de una *sociedad conjunta* ( *corporate joint venture* ) o filial común, con dependencia múltiple, a través de la cual dos empresarios establecen una alianza estratégica.

El *contrato de empresa conjunta* es un contrato de unión y no integración (que, para una tesis, debe calificarse como sociedad civil interna), normalmente plurilateral (pero también puede ser de cambio), con un objeto complejo que comprende, con carácter contingente, la constitución de la sociedad (normalmente, un precontrato de sociedad), un acuerdo de inversión o unos pactos parasociales.

No compartimos la tesis doctrinal, que soportaría algunos razonamientos de los Consejeros demandados, de que el contrato de empresa conjunta es el contrato base de diversos acuerdos satélites y que aquel prepondera sobre estos (teoría de la absorción). Antes bien, respecto al precontrato de sociedad, no así respecto a los demás contratos conexos (como el contrato parasocial), la constitución de la sociedad de capital agota el contrato de empresa conjunta. El contrato de sociedad conjunta, respecto al contrato típico de sociedad, es un contrato preliminar o preparatorio (conformes, MIQUEL, *La sociedad conjunta [joint venture corporation]* , 1998, 139 y PAZ-ARES en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho mercantil* 2, I, 1474; en general, ejemplifican con el precontrato de sociedad, DE CASTRO, *La promesa de contrato* , ADC, 1950, 1135 y 1171 y Díez-PICAZO, *Fundamentos* 6, 403-404). El precontrato es un negocio de concesión de la facultad de exigir el contrato proyectado, pero es el contrato de sociedad el que constituye el contenido típico de la relación obligatoria entre socios y no el precontrato de sociedad. La sociedad constituida es el contrato definitivo que, si es homogéneo con el preliminar, agota la razón de ser del contrato preliminar de sociedad y, «al agotarla, deja de surtir efecto, es decir, que se vacía de contenido» (MESSINEO en Cicu/Messineo, *Trattato* , 1968, XXI-I, 556). De seguirse la tesis de la sociedad civil interna, puede afirmarse que esta se extinguiría por realización del fin social ( art. 1700-2º CC ). Los argumentos de los Consejeros demandados, que conceden preferencia al contrato preliminar sobre el definitivo, son, pues, inatendibles. En particular, es inadmisibles la tesis de la "sociedad doble" ( *Doppelgesellschaft* ) y menos que la sociedad base prevalezca sobre la sociedad constituida, por ejemplo, determinando cuál sea su interés social. Ello sin perjuicio de que, por ser más precisos, si el contrato definitivo no es homogéneo con el precontrato, este no se extingue y sobrevive a los efectos de tenerlo por incumplido, con posibilidad de resolverlo y exigir un resarcimiento (v. CARRASCO, *Derecho de contratos* , 2010, 105); salvo que pudiera apreciarse una novación, consentida por ambas partes (DE CASTRO, *La promesa de contrato* , cit., 1186).



La *sociedad conjunta* creada es una sociedad cerrada y, como diferencia última, está sometida a control conjunto de los socios. El control conjunto se manifiesta, activamente, en la toma consensuada de decisiones y, pasivamente, implica un poder de veto (cf. art. 7.1 c] de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ). En toda empresa conjunta «hay un derecho mutuo a controlar la ejecución del negocio» ( *Wagner v. Derecktor* , 306 NY 386 [1954]). Verdaderamente, una filial común para el desarrollo de una empresa conjunta es un híbrido de sociedad de capital personalizada. En estas sociedades, los deberes de lealtad se intensifican. «Los empresarios conjuntos, como los consocios, se deben uno a otro, mientras la empresa continúa, el deber de la mejor lealtad» ( *Meinhard v. Salmon* , 164 N.E. 545 [N.Y. 1928]).

Además, UFG es una *sociedad paritaria* en la división del capital social (50/50) lo que conlleva, necesariamente, el control conjunto o compartido por ambos socios. Precisamente, la paridad es un compromiso creíble de que uno de los partícipes no va a perjudicar al otro imponiendo su voluntad. Sin embargo, en las sociedades paritarias el mayor riesgo es el de bloqueo, para lo que suelen establecerse mecanismos de desbloqueo.

Desafortunadamente, la sociedad anónima española, forma social elegida para UFG, está poco adaptada a las necesidades de las sociedades conjuntas. En esta situación de brecha de expectativas entre el fin del negocio y la forma elegida, considerando que la sociedad debe ser un instrumento flexible para el mejor servicio de los intereses de sus socios, ciertamente deberá interpretarse el régimen legal en el sentido más ajustado a la autonomía de la voluntad de los socios ( arts. 28 LSC y 1255 CC ).

A este respecto, están en la base del negocio y en su causa concreta un conjunto de *operaciones vinculadas* entre UFG y GN. Un problema consustancial de las empresas conjuntas con operaciones vinculadas es que, a su vez, se contraponen el interés como socio, de modo que la pérdida social por un contrato desfavorable es una pérdida compartida, al interés como tercero contratante de recibir íntegramente los beneficios del contrato. En otras palabras, los socios pueden estar más interesados en que la gestión de la empresa se oriente a maximizar el valor de los restantes activos de los socios que a maximizar el valor de las acciones (asimetría o desalineamiento de intereses). Por ejemplo, el grupo GNF está dispuesto a perder un euro en UFG manteniendo un contrato "aguas abajo" con otra empresa del grupo GNF si con ello obtiene un "dividendo atípico" de dos euros en esta última empresa, es decir, si gana un euro en términos consolidados.

**b) El deber de abstención de los administradores en las sociedades cerradas.-** Para el caso de una sociedad cerrada, referido a la *junta de socios* , se ha sostenido que «una interpretación amplia del conflicto de intereses puede alterar gravemente el funcionamiento de la sociedad, en especial en una sociedad cerrada, de extender aquél a varios socios privando así del derecho de voto a la mayoría de sus miembros con la consiguiente repercusión en el funcionamiento de la Junta. El principio general de seguridad jurídica impide aplicar criterios interpretativos que conduzcan a una extensión del ámbito de aplicación de las prohibiciones legales, que como toda norma limitativa de derechos ha de ser objeto de interpretación estricta, sin perjuicio de que otros principios generales, como el de interdicción del abuso de derecho ( artículo 7.2 del Código Civil ) aplicado al ejercicio del de voto, pueda fundar una impugnación de acuerdos sociales en que se haya utilizado. Aun cuando la Exposición de Motivos de la Ley indica que entre las normas que tutelan el derecho de la minoría están «las que regulan el ejercicio del derecho de voto en caso de conflicto de intereses», su prohibición o limitación al socio inmerso en un posible conflicto de intereses con la sociedad, ha de dejar a salvo la vertiente institucional del mismo derecho de modo que no se cuestione el funcionamiento de la propia sociedad. Un excesivo rigor en la privación del derecho de voto podría dar lugar a una situación contraria a la que se quiere corregir, pasando del protagonismo del socio mayoritario a la primacía del o de los minoritarios que, invocando el conflicto de intereses, quedarían como únicos legitimados para ejercitarlo, pues una cosa es proteger a las minorías y otra eliminar a las mayorías» (RDGRN 16.10.2000, *Centre D'Estudis Roca, S.L.* ). En aquel caso, la doctrina registral transcrita daba respuesta a un problema distinto al que resolvemos (dilema de si la exclusión de los socios en conflicto debía ser conjunta o individual, decantándose por la individual, como hizo la STS 1ª 131/1962, 13.2 ); la interpretación de la norma legal era dudosa, lo que para el órgano de administración no nos parece tanto, por mucho que reconozcamos que puede paliarse el deber de abstención bajo determinadas circunstancias (v. supra letra A] c] y d]) y, además, es una doctrina que no compartió la SAP Barcelona 15ª 477/2007, 17.10 , salvo para el caso de que el conflicto entre socios fuera disímil en cada uno de ellos.

Tratando ya del deber de abstención del *administrador* , incluso en el supuesto extremo de la sociedad conjunta no creemos que desaparezca el deber de abstención como regla general y tampoco en el caso específico que se ventila. El argumento más serio en contra es que el posible conflicto de intereses estaría asumido y sería constitutivo y consustancial a UFG, de modo que no habría tenido sentido constituir la Sociedad (pgs. 83-85 de la contestación de los Consejeros demandados). Sin embargo, ya hemos apreciado que el supuesto de fuerza mayor no fue previsto en el negocio de empresa conjunta y no es constitutivo al negocio, razonamientos a los que nos remitimos ( *supra* A] d]).



Finalmente, por agotar la respuesta, los Consejeros demandados malinterpretan o tergiversan la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Málaga de 17 de marzo de 2006, *Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, S.A.* La sentencia no excluye la aplicación del deber de abstención en las sociedades conjuntas sino que, en el caso concreto, el conflicto no contraponía un interés extrasocial al social sino que, en realidad, se enfrentaban directamente los intereses de los socios, por lo que se trataba de un puro conflicto de interés transaccional entre parte y contraparte, que no exigía el deber de abstención. Diversamente, en el caso enjuiciado, las operaciones vinculadas causan un perjuicio directo a la Sociedad y solo indirectamente a ENI.

**F) Eficacia de los Estatutos sociales.-** Los Consejeros demandados hacen ver (pgs. 19-23 de su contestación) que en el Acuerdo de Socios y en los Estatutos sociales se pactó el necesario consenso de las decisiones ya que el régimen general de aprobación de acuerdos exige la mayoría absoluta e incluso una mayoría cualificada para decisiones sobre operaciones vinculadas (cláusula 7.2 y, para operaciones vinculadas, letra f) del Acuerdo de Socios; art. 23 y letra f) de los Estatutos); contemplándose mecanismos de desbloqueo (cláusula 7.3 del Acuerdo de Socios). En una sociedad paritaria esto implicaría, en la práctica, la unanimidad de ambos socios y, en lo que nos interesa, no habrían de abstenerse los consejeros designados a propuesta de la parte afectada por la vinculación. En este contexto, los estatutos más los pactos parasociales serían arreglos o garantías contractuales para el control recíproco de los socios.

No obstante lo anterior, en el aspecto relevante a este litigio, el contrato de sociedad es un contrato normado y los estatutos sociales no pueden oponerse a las leyes (art. 28 LSC), luego no pueden eximir a los administradores del deber legal de abstención, supuesto que existe. Reiteramos que no son válidas las disposiciones estatutarias que limitan «el régimen de los deberes de lealtad y la responsabilidad por su infracción» (Estudio de Gobierno Corporativo 2013, propuesta de art. 230.1 LSC).

#### **G) Eficacia del Acuerdo de Socios.-**

**a) Eficacia contractual de los pactos parasociales.-** Los acuerdos parasociales son válidos en cuanto contrato entre socios y, como tales, protegidos por el reconocimiento constitucional y legal de la autonomía privada ( arts. 10 CE y 1255 CC ). Así lo reconoce el Legislador al recibir la figura.

Como pactos contractuales, se les aplican todas las normas que protegen el carácter vinculante de los pactos entre particulares ( art. 1091 CC ) y otorgan remedios para su incumplimiento, entre ellos (v. art. 213-21.3 PCM), la acción de cumplimiento, la indemnizatoria e incluso la de remoción; habiéndose opuesto aquí la excepción de cumplimiento del pacto parasocial.

**b) Ineficacia de los pactos parasociales en el caso.-** Los Consejeros demandados no pueden utilizar los pactos parasociales ni oponerlos a los Consejeros demandantes. Para una línea jurisprudencial y doctrinal mayoritaria, porque no pueden contravenir una ley societaria imperativa. Se comparta o no tal línea, porque el Acuerdo de Socios solo tiene eficacia relativa.

**ba) Ineficacia de los pactos parasociales ilegales.-** Los pactos parasociales están adjuntos ( *Nebenverträge* ) y subordinados al contrato de sociedad (v. GIRÓN, *Derecho de sociedades* , I, 1976, 54). El contrato parasocial es un contrato coligado funcionalmente con el de sociedad, unilateralmente (contrato dependiente o subordinado) o, con menos frecuencia, hay interdependencia o coordinación entre uno y otro (v. MESSINEO, *Trattato* , I, cit., 727).

La posible subordinación del contrato parasocial al social ha llevado a afirmar que, en tanto el pacto social «fuera contrario a la legislación societaria, no sería válido» ( STS 1ª 412/2013, 18.6 , *Construcciones Dojoma, S.L.* ). En un caso análogo al presente, por ser la sociedad instrumental para la distribución, pese a que los Consejeros demandados despliegan sobre esta sentencia varios argumentos falaces de irrelevancia (pgs. 81-82 de su contestación), «el repetido acuerdo entre las dos sociedades no justificó que los demandados no se abstuvieran cuando, según lo expuesto, debían haberlo hecho, ya que sobre la libertad de pacto prevalecen las exigencias de transparencia e información que reclama la protección del mercado y de los terceros ante la realidad de un centro de imputación de consecuencias jurídicas -en el caso, la sociedad recurrente- que opera sin comprometer, más que limitadamente, el patrimonio de los socios» ( STS 1ª 793/2011, 17.11 , *Mazda Motor España, S.A.* ).

Junto a esta afirmación, sin embargo, algunas resoluciones encuentran la utilidad de los pactos parasociales precisamente en que «no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias» ( SSTS 1ª 371/2010, 4.6, *T.R. Invest, S.A.* y 616/2012 , 23.10, *Marquitex, S.A.* ).

Verdaderamente, parece que el contrato parasocial integrado en un negocio de empresa conjunta debe gozar de un amplio margen de validez. En esta materia, como en otras, puede ser fructífero recordar que existen dos métodos compatibles para el control de los contratos, según la clase de antijuridicidad que presenten: el "contrato ilícito" está sometido a control estructural o de los elementos esenciales del contrato, que puede



llevar a apreciar, por la irregularidad de su formación, un contrato imperfecto, una causa ilícita ( art. 1275 CC ) o un objeto ilícito ( art. 1271 CC ); y el "contrato ilegal" ( *contra legem* ), por ser contrario a norma imperativa o prohibitiva ( arts. 6.3 y 1255 CC ), sujeto a control funcional para salvaguardar la finalidad de la norma que el contrato infringe. Las distinciones son relevantes y están presentes en todos los sistemas jurídicos europeos (V. BAR/CLIVE [eds.], *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* , I, 2010, 544-546), pues las consecuencias civiles difieren. Los contratos sin causa o con causa ilícita son ineficaces -«no producen efecto alguno»-, los contratos con objeto ilícito son radicalmente nulos, mientras que los contratos ilegales son de efecto variable. Pues bien, si los pactos parasociales fueran meramente ilegales por contravenir la ley societaria, procedería someterlos a control funcional y, en un negocio de empresa conjunta, se comprobaría que no habría un interés protegible en la declaración de nulidad de muchos de tales pactos, al menos, mientras la sociedad sea claramente solvente y la gestión de los administradores se oriente primordialmente al interés de los socios.

*bb) Relatividad del contrato parasocial.*- En principio, ni los socios pueden actuar los pactos parasociales frente a la sociedad, ni la sociedad frente a los socios. Cuando el Legislador afirma que «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad» (art. 29 LSC) está reconociendo implícitamente la validez como pactos contractuales de los mismos y, a la vez, está asumiendo que dichos pactos no están sometidos al Derecho societario y sólo al Derecho de contratos. Por tanto, sus límites de validez y las posibilidades de su ejecución vendrán determinados por el Derecho contractual.

La jurisprudencia (v. también art. 213-21.1 PCM) viene declarando la inoponibilidad de los pactos parasociales a los órganos sociales, los hubieran firmado todos los socios (pactos omnilaterales) o no (SSTS 1ª 1136/2008, 10.12 , *Turística Konrad-Hidalgo, S.L.* ; 128/2009, 6.3, *Camanchaca, S.L.* . y 138/2009, 6.3 , *Turística Konrad-Hidalgo, S.L.* ), en ocasiones, porque considera implícitamente que los estatutos son pactos reproductivos de los parasociales, debiendo estarse a los estatutos y no mirar más allá ( SSTS 1ª 551/1987, 24.9, *Hotel Atlantis Playa, S.A.* . y 131/2009, 5.3 , *Kurt Konrad y Cía, S.A.* en la impugnación de acuerdos de consejo), aunque también se ha afirmado que el contrato parasocial «no puede ser totalmente ignorado sin faltar a los deberes de comportamiento de buena fe por quien "tomó nota" sin mostrar su oposición al mismo» ( STS 1ª 662/2011, 4.10 , *Fred Olsen, S.A.* ; antes, también con fundamento en la buena fe, imponiendo a los socios un acuerdo parasocial de liquidación de la sociedad, STS 1ª 145/1991, 26.2 , *Munaka* ; o un acuerdo parasocial adoptado «en una especie de junta universal» cuyo desconocimiento implicaría abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos, en la STS 1ª 10.2.1992, *Munaka, S.A.* ).

Aunque las doctrinas convergentes fundadas en la buena fe (abuso de derecho, actos propios, etc.) permitieran alcanzar un efecto equivalente al de la oponibilidad de los pactos, en el caso enjuiciado, los gravados por el deber de abstención no son los socios sino los administradores. Por mucho que los Consejeros demandados hayan sido promovidos por un socio que firmó el contrato parasocial, los consejeros no lo firmaron. El principio de relatividad de los contratos ( art. 1257 I CC ) nos lleva a considerar, *prima facie* , que el consejero no es parte en los pactos, ni puede utilizarlos, ni se le pueden oponer.

Por otro lado, los Consejeros demandados traen a colación (pg. 18 de su contestación) que las partes del Acuerdo de Socios deberán asegurarse de que « *tanto la Compañía como sus administradores, y los directivos y empleados que trabajen al servicio de la misma, observen y hagan observar los principios y reglas contenidos en el presente Acuerdo* » (Cláusula 3.3). Y que, acto seguido, se estableció expresamente que « *cada una de las Partes responderá ante la Compañía y/o el otro Socio de los daños y perjuicios que puedan derivarse de las acciones u omisiones en que incurran en infracción de los deberes, obligaciones y reglas establecidas en el presente Acuerdo. Igual responsabilidad incumbirá a cada una de las Partes, frente a la Compañía y/o el otro Socio, cuando tales acciones u omisiones fueran cometidas por alguno de los Consejeros de la Compañía designados o elegidos a su iniciativa o propuesta* » (Cláusula 3.4).

Sin embargo, se comprueba que en el Acuerdo de Socios únicamente se prevé una responsabilidad contractual de los firmantes por el incumplimiento de los consejeros, lo que es plenamente consistente con que el pacto relativo a los consejeros solo puede ser una promesa de hecho ajeno (v. MESSINEO, *Trattato* , 1968, XXI-II, 97-101 y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* 6, I, 2007, 553), es decir, una promesa del socio de que "sus" consejeros van a cumplir el contrato entre socios. Esta promesa no obliga al consejero si no acepta el cumplimiento del contrato entre socios y, si el consejero no cumple, el socio presta su garantía debiendo indemnizar eventuales daños.

Es más, para el razonamiento institucionalista clásico, «son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o de terceros en el ejercicio de su cargo» (art. 213-21.2 PCM). Es porque se entiende que la independencia de criterio del administrador es de orden público (aunque esto sea discutible a la vista de lo dispuesto para las sociedades limitadas en el art. 161 LSC, con propuesta de extensión a todas las sociedades de capital en el Estudio de



Gobierno Corporativo 2013). «Dentro del cuadro institucional de la sociedad anónima, la libertad de apreciación del administrador no puede ser enajenada, ni siquiera influenciada; [...] en el ejercicio de sus poderes, los administradores no deben soportar intervenciones que les controlen o limiten, ni siquiera de parte de un accionista que poseyera todas las acciones, siempre que los administradores desempeñen legalmente su función» (MENÉNDEZ, *Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima*, en Estudios U-ría, 1978, 369). Además, el principio de colegialidad y el procedimiento deliberativo que preside el funcionamiento del consejo se cohonestan mal con una restricción contractual externa de su libertad. Por último, situado el consejero ante el cumplimiento o incumplimiento de deberes propios y con responsabilidad propia, es razonable que pueda apartarse del pacto.

La doctrina contractualista igualmente concluye la ineficacia de las instrucciones "privadas" de los socios al consejo, establecidas en pactos parasociales, también en sociedades cerradas (PAZ-ARES, *Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo*, Indret 4/2010, 15). Asumiendo que el contrato de la sociedad con el administrador es afín al mandato, en un mandato colectivo (art. 1731 CC), del conjunto de todos los socios y a todos los consejeros, no tienen cabida las instrucciones individuales y solo las colectivas. Además, el principio de relatividad de los contratos impide que por instrucciones privadas de los sindicatos se afecte a los socios extraños a la sindicación (*res inter alios acta*, inatendibilidad de las externalidades no aceptadas). Es más, la regla de la inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales (art. 29 LSC) impide que los administradores, en tanto órganos de la sociedad, puedan quedar afectados por el pacto.

No obstante, las objeciones anteriores podrían no valer para los pactos omnilaterales. En este sentido, podría sostenerse razonablemente como obligación de los administradores derivada del deber de lealtad «desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Quedan exceptuados los casos en que estas no puedan afectar a intereses de accionistas externos» (propuesta de art. 228 d] LSC del Estudio de Gobierno Corporativo 2013).

Sin embargo, en el caso concreto, pese a ser el contrato omnilateral, el contrato parasocial también es un contrato incompleto, de suerte que, si bien es indisputable la instrucción privada colectiva de respetar los contratos preexistentes (entre ellos, los Contratos relevantes), los consejeros están recibiendo instrucciones individuales sobre cómo debe interpretarse el contrato parasocial, pues ENI considera que precisamente está en el clausulado la posibilidad de invocar la fuerza mayor en los contratos de suministro y que así debe hacerse, frente al criterio de GNF. Ante esta discrepancia, el mandato no permite la sustitución de los consejeros por los coadministradores ocultos (art. 1721 CC), la libertad de criterio del consejero y la posibilidad de deliberación mejora el proceso de adopción del acuerdo y, además, favorece a la sociedad que el administrador internalice los riesgos de sus decisiones sin excusar sus decisiones en un pacto privado y de terceros.

## VI

### IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS NEGATIVOS

Los Consejeros demandantes suplican (pedimento 7º) que se declare la nulidad de pleno derecho de los «acuerdos sociales aprobados» en la reunión extraordinaria del Consejo de administración de la Sociedad de 20/3/2013, al amparo del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, transcribiendo un sedicente tenor literal de los acuerdos: «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».

Considerando el Hecho Probado Once, se comprueba que no existen tales acuerdos negativos. Resulta del acta, aprobada por unanimidad por los consejeros, que las propuestas sometidas por el Sr. Justiniano consistieron en: «- Declarar la fuerza mayor a UFG Comercializadora. - Declarar fuerza mayor a GNF, NGS y GN Comercializadora en sus respectivos contratos. - No declarar fuerza mayor en los contratos con los clientes industriales y comenzar un proceso para vender los activos de esta rama de actividad a un tercero puesto que tienen valor de mercado».

Sometidas a votación las anteriores propuestas, de acuerdo con el contenido del acta, recibieron cinco votos a favor (procedentes de los Consejeros nombrados a propuesta de ENI) y cinco votos en contra (de los Consejeros designados a instancia de GN). La transcripción literal del acta es: «En consecuencia, no resultan aprobadas las propuestas de acuerdos (sic) del Consejero-Director General».

**A) Delimitación de conceptos.**- Conviene distinguir entre el "acuerdo contrario", el "acuerdo inexistente" y el "acuerdo negativo".

Se habla de **acuerdo contrario** cuando el acuerdo se adopta válidamente y contiene una obligación de no hacer (así, no repartir dividendos, no cambiar el domicilio social, no declarar una fuerza mayor, etc.).



Diversamente, se entiende por **acuerdo inexistente** el que no ha sido propuesto o el que, una vez propuesto, no ha sido adoptado. Aquí no llega a expresarse la voluntad social a través del órgano de representación.

Finalmente, el **acuerdo negativo** o no-acuerdo es una modalidad de acuerdo inexistente que, propuesto a votación, no consigue las mayorías legal o estatutariamente establecidas. Una de las combinaciones para su frustración es el empate en votos entre quienes están a favor y quienes están en contra del acuerdo, siendo este el caso enjuiciado.

**B) Impugnabilidad de acuerdos inexistentes.**- Literalmente, «son impugnables los acuerdos sociales» (art. 204.1 LSC).

Nadie discute la impugnabilidad de los acuerdos contrarios, porque existe acuerdo, aun desfavorable para el proponente.

En cambio, no existirá interés en impugnar un acuerdo inexistente por no haber sido propuesto. Las ideas o las intenciones no son impugnables. En principio, tampoco existiría interés en impugnar un acuerdo no adoptado, salvo que hubiera una apariencia de acuerdo que al impugnante conviniera destruir.

En este sentido, el Alto Tribunal tiene declarado que «no se puede declarar nulo un acuerdo que, según el propio demandante, no fue realmente adoptado en la Junta General» (STS 1ª 475/1972, 27.10, *Construcciones Clima, S.A.*; la STS 1ª 282/2001, 27.3.2001, a veces citada, es un acuerdo contrario y no un acuerdo negativo, en el sentido aquí empleado «al ser rechazada la propuesta»). Igualmente, los tribunales provinciales descartan la impugnabilidad de los acuerdos inexistentes (SSAP Barcelona 15ª 27.7.2000, salvando el supuesto de acuerdo aparente; Valencia 11ª 75/2003, 10.2, también salvo apariencia y Cádiz 5ª 91/2007, 9.2); particularmente, cuando se empata en votos (SSAP Las Palmas 4ª 272/2002, 20.5; Alicante 6ª 425/2002, 10.7; Málaga 4ª 567/2006, 13.11, *obiter*; Valencia 9ª 185/2007, 3.7; Barcelona 15ª 477/2007, 17.10 y AAP Cádiz 5ª 62/2006, 2.10).

Ahora bien, por excepción, los tribunales pueden constituir el acuerdo frente a la sociedad. Tal sucede, *inter alia*, en los acuerdos negativos cuando la falta de adopción del acuerdo (por empate u oposición mayoritaria) se debe, decisivamente, al voto contrario de un socio o consejero que hubo de abstenerse por conflicto de intereses, ya que habría votado quien no debía (en este sentido, ROJO, *ComLSC*, I, 2011, 1439 y Estudio de Gobierno Corporativo 2013, § 3.9 [iv], planteando incluso la impugnabilidad de acuerdo inexistente por no convocarse o celebrarse junta).

Con todo, recuerdan los Consejeros demandados (pg. 104 de su contestación) que el voto contrario debe ser determinante (v. art. 214-14 PCM). En virtud de la "prueba de resistencia" (variedad de la defensa *omni modo facturus* o del principio *utile per inutile non vitiatur*), aquí con la singularidad de que lo que resiste es la inexistencia del acuerdo, si el acuerdo tampoco se hubiera adoptado aun prescindiendo del voto espurio, la acción no prosperará (acuerdos existentes de junta resisten en STS 1ª 250/1979, 22.6, *Banco de Huelva S.A.*, mencionando la prueba pero sin necesidad de aplicarla; SSAP Guipúzcoa 1ª 315/2004, 9.11, *obiter*; Valencia 9ª 506/2005, 24.11; Alicante 8ª 226/2007, 5.6; Pontevedra 1ª 171/2010, 24.3 y RDGRN 16.10.2000; el acuerdo no resiste en SAP Barcelona 15ª 487/2007, 18.10).

**C) La acción idónea para constituir el acuerdo frustrado.**- Frente a los acuerdos inexistentes, la acción adecuada no es la de impugnación de acuerdos sociales porque, sencillamente, no hay acuerdo impugnable. La acción de impugnación de acuerdos sociales es una acción constitutiva de eficacia negativa, que no permite al juez imponer el acuerdo frustrado o, en otro caso, el acuerdo alternativo al acuerdo contrario (v. sobre la ineficacia positiva, SAP Madrid 28ª 50/2012, 13.2).

Un **acuerdo social** es un negocio plurilateral, en su modalidad de acuerdo o decisión (*Beschlüsse*) entre los miembros de un órgano colegiado, que determina la voluntad de la sociedad (v. TUHR, *Derecho civil*, II, 1914, § 53.IV).

Para constituir el acuerdo frustrado o el alternativo, no es precisa ni pragmática la acumulación objetivo-subjetiva de acciones: una primera, contra el votante indebido para anular su voto y una segunda, contra la sociedad, condenándola a proclamar el resultado de la votación y rectificar el acta. La nulidad del voto solo es una declaración interlocutoria. Al votante indebido, bastará notificarle la pendencia del proceso (art. 150.2 LEC) por si desea intervenir voluntariamente para sostener la validez de su voto o para adherirse a la demanda (art. 13 LEC).

La naturaleza de la acción que debe interponerse contra cualquier sociedad para que un acuerdo negativo se tenga por existente, no es una acción meramente declarativa porque el acuerdo social no preexiste al pronunciamiento judicial, buscando la sola certeza jurídica del acuerdo, como es propio de las acciones exclusivamente declarativas (definiciones parecidas de las acciones mero declarativas en CHIOVENDA,



*Principios* 3, 1925, § 8 II-III; GUASP, *ComLEC* 2, 1948, 337-338 y CARNELUTTI, *Instituciones* 5, 1956, § 33). Tampoco estamos ante una acción de condena contra la sociedad, obligándola a emitir un acuerdo como nueva declaración de voluntad. Esto sucedería en una disputa de la sociedad con terceros y siempre que se dieran los requisitos para la ficción que supone tener por emitida la declaración de voluntad por la sociedad ( art. 708 LEC , claramente inspirado en § 894 ZPO).

En realidad, la acción adecuada para tener por existente un acuerdo negativo, cuando excepcionalmente sea posible darle vida, es una **acción constitutiva** . «Tal resolución, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse *ex nunc* » (RDGRN 16.10.2000). La acción constitutiva se enderezaría así a lograr el resultado que se habría producido ausente el comportamiento ilícito. Aquí, la autonomía de la voluntad o las declaraciones de voluntad de los consejeros nada tienen que ver. La sentencia no constituye el negocio plurilateral sino, directamente, el acuerdo social que se buscaba (en general, CHIOVENDA, cit., § 8 V).

A la anterior acción, puede unírsele la **acción de remoción de efectos** , si es que hubiera producido alguno el acuerdo inexistente. Cabe admitir la autonomía dogmática ( *a se* ) de la acción de remoción ( *ex art.* 1098 II CC ; un caso particular de remoción de efectos, cuando hay abuso de derecho, en el art. 7.2 CC ; más en concreto, como acción derivada de la infracción del deber de lealtad se reconoce en la propuesta de art. 232 LSC del Estudio de Gobierno Corporativo 2013). Sin embargo, la acción de remoción, al igual que la de impugnación, carece de eficacia positiva para constituir acuerdos. En definitiva, la acción constitutiva positiva es insoslayable.

**D) Aplicación de la doctrina anterior al caso.-** La demanda contiene una pretensión de impugnación del acuerdo negativo pero no que se tenga por existente el acuerdo frustrado, esto es, las propuestas planteadas por el Sr. Justiniano .

Tampoco hubiéramos objetado que se hubiera designado la acción ( *editio actionis* ) como impugnatoria si, de hecho, se hubiera pedido una tutela positiva para la constitución judicial del acuerdo frustrado. Lo rogado ( art. 216 LEC ) es la impugnación de un acuerdo inexistente, suplicándose una tutela vacía de contenido, por lo que la demanda no puede estimarse en este punto.

En todo caso, aunque se hubiera deducido oportunamente ( art. 218.1 I LEC ) la pretensión de constitución judicial del acuerdo frustrado, tampoco hubiera prosperado. La tesis más autorizada (v. RDGRN 5.7.1988; POLO, *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima* , 1992, 448 y SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* 2, 2007, 668) es que las abstenciones computan a efectos de obtener la mayoría absoluta para la adopción de acuerdos en el consejo (art. 248.1 LSC), por lo que los consejeros designados a propuesta de ENI no podrían aprobar acuerdos en solitario sin el concurso de los promovidos por GN. El criterio de la mayoría absoluta implica que, para la adopción de cualquier acuerdo, los votos a favor deben representar más de la mitad de los votos de los administradores concurrentes a la sesión o, dicho en otros términos, que deben superar a la suma de los votos en contra, los votos en blanco, las abstenciones y los votos nulos. Esto supone, en definitiva, dar a los votos en blanco, abstenciones y votos nulos un efecto equivalente al voto en contra.

Coincide que esta solución legal de la mayoría absoluta es la más adecuada para una sociedad paritaria y, en alguna medida, compensa lo discutible de que la Ley española imponga un deber general de abstención del administrador en conflicto, sin atender a circunstancias que podrían haber merecido mayor consideración del Legislador. En este sentido, asumiendo que incluso en la sociedad paritaria rige el deber de abstención, entonces, el votante residual nunca podrá formar mayoría en el consejo de administración. De este modo, se reconduce el conflicto societario a los mecanismos contractuales de desbloqueo que las partes expresamente previeron en los estatutos sociales y en el contrato parasocial; evitando así que la aplicación de la rígida norma legal vigente ( *dura lex sed lex* ) confiera el control sobre actividades esenciales de la Sociedad a quien no domina sino solo una de las dos mitades del capital.

De todos modos, esta resolución no produce cosa juzgada sobre cómo computan las abstenciones en un consejo de administración cuando, como aquí, la sentencia deja a salvo la solución de la cuestión para un juicio posterior (ALSINA, *Tratado* 2, IV, 1961, §36). Aquello a que se extiende la cosa juzgada debe haber sido objeto de cognición judicial ( *quæsitum* ) y la consideración sobre cómo computar la mayoría absoluta es un *obiter dictum* , pero oportuno para que no pueda malinterpretarse la condena a los Consejeros demandados a abstenerse, en el sentido de que se asume el criterio de cómputo de la parte actora para la formación de mayorías en el Consejo.

## VII

### COSTAS



**A) Costas de la pretensión contra UFG.-** Conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que expresa el principio del vencimiento objetivo, las costas de la Sociedad se imponen a la **parte demandante** , que ha visto rechazadas sus pretensiones frente a la Sociedad, sin que el tribunal aprecie que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho.

**B) Costas de la pretensión contra los Consejeros demandados.-** Conforme al artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que expresa el principio de distribución, por haber sido parcial la estimación de las pretensiones frente a los Consejeros demandados, **cada parte** abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que haya méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

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., Severino , Jose Miguel , Juan Manuel , Alberto y Belarmino 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., Severino , Jose Miguel , Juan Manuel , Alberto y Belarmino 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 Severino , Jose Miguel , Juan Manuel , Alberto y Belarmino 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.

*Así, por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.*

**Notifíquese** esta resolución a las partes, indicándoles que no es firme y cabe interponer **recurso** de apelación contra ella del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. En su caso, el recurso de apelación se interpondrá ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

**Archívese** el original de esta resolución en el Libro de sentencias y póngase testimonio literal en los autos de su razón.

**Publicación** .- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por S.S.<sup>a</sup> Ilma., estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; de lo que como Secretario de este Juzgado, doy fe.