

CAPÍTULO XII

Pactos parasociales y empresa conjunta: joint venture corporations

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Titular de Derecho Mercantil UCM. Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

SUMARIO

1. Introducción
2. El contrato base de joint venture y el interés social de la filial común.
3. Análisis jurisprudencial.
 - 3.1. El “caso Mazda”
 - 3.2. El “caso UFG”.
 - 3.3. El caso Camoral vs. Lacoste
4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar determinadas cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de los contratos que sirven de base a la adquisición y posterior gestión de empresas conjuntas, mediante sociedades de capital participadas al cincuenta por ciento por dos socios o grupos de socios. En particular, trataremos el supuesto, particularmente conflictivo, en que los integrantes de la empresa conjunta se encuentran en una situación de conflicto estructural de intereses (v.gr. pactos entre fabricante y distribuidor).

Se trata de supuestos que plantean una especial complejidad. No existe conformidad en nuestra doctrina científica ni en la jurisprudencia sobre el alcance de este tipo de acuerdos y ello se refleja en las distintas soluciones ofrecidas al problema de la definición del contenido del concepto de “interés social” en las sociedades constituidas en cumplimiento de este tipo de acuerdos. En la práctica, todo ello tiene su reflejo en la determinación de la existencia (o no) de un conflicto indirecto de intereses (y por tanto de deberes de abstención) en los consejeros designados por cada socio o grupo de socios para la defensa de sus intereses en la gestión de la empresa conjunta.

La dificultad que plantea para la práctica mercantil es evidente y se demuestra en las dificultades que la resolución de estos casos ha planteado para la jurisprudencia. Como ejemplo, baste citar los casos resueltos por las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 30 de octubre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 3 de marzo de 2017 (“caso UFG”), por un lado y, por otro, las Sentencias de la misma Audiencia de 17 de abril de 2007 y de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 (“caso Mazda”). Últimamente puede hacerse referencia al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid de 30 de junio de 2017 (Ponente Ilma. Sra. Dª Olga Martín Alonso) en el caso “Camoral vs. Lacoste”.

2. EL CONTRATO BASE DE JOINT VENTURE Y EL

INTERÉS SOCIAL DE LA FILIAL COMÚN.

2.1. Joint venture y coligación negocial.

La primera cuestión a tener en cuenta a la hora de analizar la naturaleza de los denominados acuerdos - base de joint venture y su relación con las sociedades constituidas en cumplimiento o ejecución del mismo (“incorporated joint ventures”) es que, aunque se trata de una cuestión discutida, se produce aquí una situación de coligación negocial²⁾ en la que existe un único negocio jurídico complejo integrado por el contrato base y, en relación de subordinación y accesoriedad, las sociedades filiales comunes.³⁾

²⁾ En una situación de coligación negocial las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden. El fenómeno jurídico constituye una unidad económica, puesto que obedece a una unidad de interés y de función, por lo que ha de ser considerado también como una unidad jurídica entendiéndose que existe un único contrato (DÍEZ -PICAZO, L.: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias”, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 362 - 363).

³⁾ La idea, a la par que controvertida, aparece claramente expresada por C. PAULEAU, “*El régimen jurídico de las joint ventures*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 298 - 299: “*El hecho de que una sociedad se configure como «técnica de organización de una alianza entre empresas» significa, en primer lugar, que los aspectos esenciales de su organización y funcionamiento se hallan fijados en un «contrato de unión», es decir, en un contrato privado celebrado entre todos los socios fuera de los estatutos sociales y ello de manera tanto directa como indirecta ya que el contenido de los estatutos se establece también en referencia al mismo. Ya sabemos que el «contrato de unión», como contrato base del negocio complejo formado por la joint venture, formula la finalidad de la alianza, actuando, a fin de garantizar el respeto a dicha finalidad, como mecanismo corrector del régimen aplicable a las figuras reguladas en los «acuerdos satélites», y por tanto también a la sociedad constituida en virtud del «acuerdo satélite» compuesto por el contrato fundacional y los estatutos. Como consecuencia, el contrato de base de la joint venture se presenta, respecto de la sociedad, como un «acuerdo metaestatutario», es decir, un acuerdo en el que se engloban, entre otras cosas, un contrato de sociedad y la persona jurídica a la que da nacimiento, y no meramente como un acuerdo paralelo a los estatutos, ni mucho menos como un acuerdo infraestatutario*” La conclusión a la que llega esta autora es que: “*Calificar el contrato de base de la joint venture de acuerdo «metaestatutario» equivale a volver a enunciar la conclusión según la que la filial común tiene un carácter claramente instrumental frente al mismo. Efectivamente, en el contexto específico del negocio complejo formado por la joint venture, a diferencia del contexto clásico de la organización de una empresa, es la sociedad «filial común» la que se coloca en una posición accesoria o de dependencia unilateral frente al acuerdo firmado entre sus socios*”.

Conforme a esta idea el contrato – base no es un precontrato ni un mero pacto parasocial destinado a regular las relaciones de los socios de la incorporated joint venture, sino uno de esos acuerdos que nuestra doctrina ha denominado como “metaestatutarios” y que, por consiguiente, prevalecen respecto de las normas estatutarias o legales de carácter dispositivo de la sociedad constituida en cumplimiento de lo acordado³⁾. Con todo, con independencia de la terminología que se utilice, el reconocimiento de la existencia de una situación de coligación negocial basta para admitir que el contrato de joint venture constituye un contrato base, lo que ha de servir para la interpretación y aplicación de las reglas contenidas en los demás contratos que dependen funcionalmente de él⁴⁾.

³⁾ En este sentido, afirma FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “*El «enforcement» societario y registral de*

los pactos parasociales”, BIB 2007, 2027, n. 15: “(ii) Al margen de los estatutos, pero en conexión funcional con lo societario, como negocio conexo o coligado con el de la sociedad, están los pactos tradicionalmente conocidos como «parasociales» («reservados») que regulan, entre miembros o con terceros, cuestiones atinentes a derechos sociales, al estatuto de socio/administrador, o a la misma dirección de la sociedad. (iii) Ciertos pactos ajenos a los estatutos están incluso por encima de ellos porque vienen a funcionar como «meta o supraestatutarios» en la medida que conforman un marco negocial «básico» en relación de supremacía funcional con lo societario. Entre ellos, cabe citar los constitutivos de nuestro protocolo familiar o el mismo «joint venture agreement» en relación con la sociedad constituida en su ejecución y la de participación conjunta («incorporated joint venture»)”.

⁴⁾ Como explica ALFARO, el contrato “debe ser considerado el contrato principal y corporación el contrato secundario que sirve a los fines de los socios y por tanto tiene carácter instrumental.../...de modo que el contrato base no es un mero pacto parasocial de la sociedad de estructura corporativa cuya constitución provoca, sino el contrato principal dentro del conjunto de contratos por medio del que se articulan las relaciones entre las partes” (J. ALFARO ÁGUILA- REAL: “La terminación por denuncia ordinaria de los contratos de joint venture de duración indeterminada”, en AA.VV. *“Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI”*, Bogotá, 2012, pp.704-705). “La peculiaridad de este contrato radica, fundamentalmente, en la misión que despliega en el marco de la relación entre los joint venturers, que no se ciñe simplemente a completar o modificar el contenido de los estatutos de la sociedad común. Por el contrario, desarrolla una función directiva de la operación, lo que le otorga rango superior a la del resto de los elementos jurídicos que conforman la relación joint venture, de especial trascendencia en el plano hermenéutico así como en caso de divergencias de contenido entre unos y otros componentes” (cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “*La joint venture en el comercio internacional*”, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 31 - 33).

Las consecuencias en materia de régimen jurídico saltan a la vista. Lo establecido en el contrato base de joint venture prevalece frente a los estatutos sociales⁶⁾, que generalmente no incorporan los acuerdos entre los socios porque no interesa que sean conocidos por terceros. Si, por ejemplo, un conflicto entre socios debe resolverse mediante un arbitraje u otro sistema de desbloqueo definido en el acuerdo base, dicho sistema será el aplicable también en la sociedad constituida, aunque los estatutos no dispongan una cláusula de sumisión litigiosa a arbitraje⁷⁾.

⁶⁾ Así lo han afirmado sin reservas los profesores Antonio PERDICES HUETOS y Enrique GANDIA en “Pactos de socios reservados, ocultos y relativos”, Almacén del Derecho, 8 de octubre de 2015: “Un pacto limitado, entre algunos socios y aun comunicado a la sociedad, será siempre un pacto reservado; por el contrario, un pacto universal, de todos los socios, nunca será reservado frente a la sociedad aunque los terceros puedan ignorarlo por no tener acceso registral. Y es que, en puridad, tal vez debería reservarse el nombre de parasocial sólo para los primeros, los limitados; los segundos, universales u omnilaterales, serán pactos sociales o societarios, aunque extraestatutarios. Es más, serán pactos que prevalecerán y con razón en la esfera de socios y sociedad sobre los estatutarios: el caso de los acuerdos de Joint-Venture entre dos compañías para crear y gestionar una filial común es claro”. La idea no es nueva, ya lo dijo hace tiempo el profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de las sociedades anónimas” en AA.VV.: “*Derecho de sociedades anónimas*”, Vol. 1, 1991 p. 89: “La separación entre normas estatutarias y normas parasociales no es tan absoluta. Las consecuencias de las normas contractuales de los negocios parasociales pueden modificar la aplicación de normas estatutarias cuando los acuerdos extrasocietarios han sido celebrados por todos los socios. La técnica de la superación del velo societario encuentra aquí una nueva aplicación, cuyos desarrollos no han hecho más que comenzar”.

⁷⁾ Como afirma OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: “El arbitraje en los tiempos de la globalización”, Revista jurídica del notariado, n° 56, 2005, p. 135 “Una figura de la colaboración atípica es la conocida como sociedad conjunta o Joint venture corporation. Se trata de una figura de raigambre anglosajona que se desarrolla en dos fases: en un primer momento se celebra un acuerdo de colaboración para la explotación de un determinado negocio (joint venture agreement), normalmente entre sociedades de capital, normalmente una nacional y otra extranjera (que por lo demás, es decir, en todo lo no relacionado con ese concreto negocio, mantienen una plena autonomía económica); y en un segundo momento se lleva a cabo o desarrolla ese acuerdo constituyendo una sociedad, participada y controlada conjuntamente por aquéllas. Aquí nos encontramos de nuevo con que el acuerdo preliminar

es el verdadero contrato: así, sus vicisitudes afectarán de modo directo a la subsistencia de la sociedad creada. Y dado que en esta figura nos encontramos por definición con un supuesto de identidad subjetiva entre socios y firmantes del pacto, los socios quedarán vinculados por la cláusula arbitral incluso para cuestiones estrictamente societarias, aunque en los estatutos sociales no se haya recogido la cláusula arbitral”.

Es más, podría afirmarse que la simple negación de lo acordado con la intención de “refugiarse” en el silencio de los estatutos puede considerarse un comportamiento desleal y contrario a la buena fe que ha de regir las relaciones entre socios, como se ha dicho de la conducta observada por los socios que desconocen los pactos suscritos por todos los socios en la vida societaria y que permitiría denunciar el acuerdo por pérdida de la confianza entre los socios.⁸⁾

⁸⁾ Lo dijo en su momento Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (“La sociedad conjunta: joint venture corporation”, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 318): “Debe insistirse en una cuestión mencionada anteriormente, la oponibilidad de los pactos parasociales cuando los sujetos que los suscriben son los mismos que forman parte de la sociedad. El ejemplo es claramente aplicable a una sociedad conjunta, y podrá constituir un abuso de derecho o, de manera más discutible, una infracción del deber de fidelidad, el pretender obligarse como socio fuera de los estatutos y posteriormente incumplir el acuerdo alegando que el pacto no ha sido incluido en ellos. Tiempo después, la STS 1ª de 24 de febrero de 2016 (Ponente Sarazá Jimena) reconoció la plena eficacia de los pactos parasociales omnilaterales frente a la sociedad: “Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial”.

2.2. El interés social y la gestión de la *incorporated joint venture*.

Conforme a la doctrina anteriormente expuesta, el fin de la sociedad constituida en ejecución de un acuerdo de joint venture (filial común), es decir, el medio a través del cual los socios satisfacen sus intereses en la sociedad, consiste en servir de cauce a la ejecución *ad extra* del contrato de base o contrato de unión (el acuerdo de joint venture) y a los contratos “satélite” o “accesorios” que generalmente se suscriben entre la sociedad y alguno de los socios (o ambos). De este modo, el interés de la sociedad no puede sino identificarse con el interés de la empresa conjunta, tal como dicho interés aparece configurado en el propio acuerdo de joint venture⁹⁾.

⁹⁾

En este sentido afirma PAULEAU (ob.cit., p. 303): “La coherencia del funcionamiento de la sociedad calificada como «técnica de organización de una alianza entre empresas» con la realidad económica específica a la que remite, es decir, su originalidad respecto a la sociedad clásica o «técnica de organización de la empresa», se refleja también en la definición del interés de la misma.”. Y añade “(...) el análisis funcional de la sociedad permite orientar el debate dogmático, estableciendo que el interés de la sociedad no es otra cosa que el interés de la empresa que organiza”.

La definición del interés de la sociedad constituida en ejecución del acuerdo de joint venture debe realizarse a partir de la identificación de la finalidad perseguida por las partes al suscribir el acuerdo. Los socios que constituyen estas sociedades y se encuentran en una situación de conflicto estructural de intereses (v.gr. fabricante – distribuidor) pretenden normalmente que la *incorporated joint venture* sirva de

mecanismo para la conciliación de sus intereses enfrentados y, con esa finalidad, en los acuerdos se suele dispensar a los consejeros de sus deberes de abstención en caso de conflicto indirecto de intereses (conflicto entre socios extendido a los administradores) y/o se dispone su obligatoria intervención mediante el refuerzo de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos en caso de conflicto.¹¹⁾

¹¹⁾

La idea nos parece que está bien expresada por ALFARO (“La joint-venture, filial común o sociedad conjunta”, en Almacén del Derecho, 2 de junio de 2017): “Pero lo que si debe explorarse es la concreción de este deber de lealtad en una asociación en la que los socios compiten entre sí fuera del contrato de sociedad pero han de cooperar en el seno de la joint-venture. Si los socios son, a su vez y como es habitual, sociedades anónimas o limitadas, los administradores o empleados de las matrices que forman parte de los órganos de la joint-venture tienen su lealtad dividida: han de promover el interés social de la joint-venture y han de promover el interés social de la matriz que los designó para gestionar la joint-venture y que le obliga a competir y a tratar de robar clientes y oportunidades de negocio a sus competidores y, por tanto, también a su consocio en la joint-venture”.

El reconocimiento de esta idea es fundamental para definir y entender mejor el alcance de los deberes de fidelidad de los consejeros designados a instancias de cada uno de los socios de la joint venture y de este modo evitar equívocos. La mera aplicación formal de los deberes de abstención previstos por la Ley de Sociedades de Capital ante supuestos de conflicto indirecto de intereses, esto es, conflictos de socios extendidos a sus representantes en el consejo de administración, puede llevar a que el funcionamiento de la sociedad constituida en cumplimiento del acuerdo sea contrario a la propia voluntad de los socios. Por ejemplo, si las partes decidieron relevar a sus consejeros de sus deberes de abstención con la finalidad de que ninguno de los socios se imponga sobre el otro, aunque ello pueda llevar a un bloqueo, debe respetarse dicha voluntad, siempre que no perjudique a terceros distintos de los socios firmantes del acuerdo (la sociedad no lo es si el acuerdo es omnilateral). Los acuerdos suelen establecer mecanismos de resolución de bloqueo que consisten en someter estos conflictos a la decisión de un tercero o establecer otros mecanismos “fuertes” de resolución del contrato en caso de permanencia en el desacuerdo (v.gr. compraventa forzosa de acciones o participaciones, disolución – liquidación de la sociedad)¹⁰⁾.

¹⁰⁾

En ello no hay nada predeterminado. Puede ocurrir que las partes prefieran que las decisiones que hayan de adoptarse en la sociedad en las que se identifique la existencia de un conflicto con un socio sean adoptadas por los consejeros designados por uno de los socios (v.gr. dando un voto dirimente al Presidente del Consejo de Administración y disponiendo la atribución de este cargo a uno u otro grupo de socios según las decisiones a adoptar). Sin embargo, también puede ocurrir que las partes prefieran que los conflictos no los resuelvan en ningún caso los consejeros designados por un grupo de socios, sino por un tercero. En este caso la aplicación mecánica de los deberes de abstención de los consejeros en caso de conflicto indirecto de intereses produciría un resultado contrario al resultado querido por las partes.

Evidentemente, la aplicación mecánica de los deberes legales de abstención de los consejeros designados a instancia de uno de los socios en la adopción de acuerdos relativos a los intereses del otro socio en la empresa conjunta lleva a un resultado no deseado por las partes. Es más, lo que ocurre es que la *incorporated joint venture* es un centro de negociación y conciliación de intereses opuestos y sus órganos están llamados

a entablar una negociación permanente, de modo que sus acuerdos sean expresión del interés de la empresa conjunta y no del interés de uno de los socios en este acuerdo. Esto lleva a nuestro juicio a negar la existencia misma del conflicto y, por tanto, los deberes de abstención de los administradores¹²⁾.

¹²⁾

Como ha señalado PAZ – ARES: “El caso de las joint ventures sería el ejemplo perfecto: los administradores que representan a cada parte en el consejo pueden hacer valer sin mayor preocupación sus intereses dado que su contraparte también está allí para hacer valer los suyos en igualdad de condiciones” (cfr. PAZ-ARES, C.: “Identidad y diferencia del consejero dominical”, en AA.VV.: “Estudios sobre órganos de las sociedades de capital”, Ed. Thomson – Reuters, 2017, p. 71). Para un enfoque desde el punto de vista de la “dispensa” previa y contractual de los deberes de abstención cfr. PORTELLANO, P.: “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés” en AA.VV.: “*La Junta General y el Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*”, Ed. Thomson – Reuters, Madrid, 2015, p. 471). Como afirma ALFARO: “(...) adquieren especial importancia las cláusulas que reconocen a los socios una opción de compra recíproca de la participación del otro o la intervención de terceros para solventar eventuales conflictos que no pueden resolverse mediante negociación. Esta regulación es muy completa porque el reparto del poder de decisión al 50 % obliga a los socios a ponerse de acuerdo cada vez que haya que tomar una decisión – que son muchas, dado el carácter muy incompleto del contrato de sociedad – en la empresa común y, por lo tanto, ambas partes están “apostando fuerte” por el acuerdo ya que la alternativa es la liquidación de la empresa común”.

La solución, que no debe darse por definitiva porque aparece controvertida como veremos, es parecida a la propuesta en su momento para la interpretación del alcance de la prohibición legal de competencia de los administradores en sociedades constituidas para la ejecución de alianzas estratégicas entre competidores¹³⁾. Desde luego, no existe deber de abstención en el conflicto de interés transaccional.¹⁴⁾

¹³⁾ Cfr. POLO SÁNCHEZ, E.: “Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima” en AAVV: “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, Madrid, 1992, p. 264: “(...) una aplicación literal e indiscriminada del precepto estudiado conllevaría en ocasiones la imposibilidad de traducir jurídicamente en la composición del Consejo de Administración cualquier alianza societaria, horizontal o vertical, que se pretendiera llevar a cabo mediante la participación de unas sociedades en otras o mediante acuerdos entre las distintas sociedades del grupo. Y es evidente que éste no ha podido ser, en ningún momento, el propósito de nuestra Ley”. En el mismo sentido, afirma SÁNCHEZ CALERO, F.: “Administradores”, en “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, dir. F. Sánchez Calero, Ed. Edersa, Madrid, 1994, p. 226: “(...) la posibilidad de la existencia de situaciones de competencia [...] que sean conocidas o incluso queridas por las sociedades de las que la misma persona es administrador, hace que en tales casos sea impensable que el hecho de ser administrador de una sociedad competidora pueda dar lugar a la sustitución de esa persona. Porque existirán supuestos en los que la presencia de ciertas relaciones de subordinación o de coordinación entre las sociedades, que originen grupos o agrupaciones entre ellas, impidan la calificación de las sociedades como competidoras”.

¹⁴⁾ Cfr. la SAP Málaga de 12 de enero de 2007 (JUR 178558/2007) sobre una SA parcialmente participada por el Ayuntamiento de Málaga donde hay Concejales obligados a defender el interés público: “Como acertadamente expuso la demandada en su escrito de contestación a la demanda, puede decirse que el conflicto de intereses tiene lugar cuando el vocal del consejo ante una determinada votación es portador de un doble interés: el interés social y su interés personal, de modo que no puede realizar uno sin sacrificar el otro. Pero este alegado conflicto de intereses no puede predicarse en modo alguno que haya existido en el supuesto sometido a enjuiciamiento. No era posible que los Consejeros aludidos se abstuvieran en la votación porque representaban los intereses colectivos de los ciudadanos que los eligieron para el ejercicio de las irrenunciables competencias públicas en el ámbito de la Circulación, Tráfico, Aparcamientos y Transportes del Municipio de Málaga, siendo la competencia irrenunciable, ejecutándose precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia (artículo 12 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas) Además, no se ha acreditado en las actuaciones que existiera en esos 7 consejeros ningún interés personal, porque sus cargos son temporales y los recursos obtenidos por el Ayuntamiento mediante el canon son ingresos para fines públicos, necesarios y obligatorios cuando se cede subsuelo de dominio público mediante concesión

administrativa. En definitiva, como de forma acertada razona la resolución impugnada " (...) el pretendido conflicto de intereses es artificioso, so pena de ignorar la razón de ser de la SMASSA (...)"

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

El planteamiento que se acaba de exponer no es pacífico en nuestra jurisprudencia, como tendremos ocasión de comprobar mediante el análisis de los (escasos) precedentes que ofrece la jurisprudencia española recaída sobre la materia. Se trata normalmente de casos en los que se ha pretendido eludir lo acordado en el acuerdo de *joint venture* mediante acciones “oblicuas” dirigidas por consejeros “fieles” al interés social frente a consejeros que, pretendidamente, lo habrían traicionado. La exposición se hace por orden cronológico.

3.1. El caso “Mazda”.

3.1.1. Antecedentes.

El denominado “caso Mazda” fue resuelto por la SAP Madrid Sección 28ª de 17 de abril de 2007 y, en casación, por la STS 1ª de 17 de noviembre de 2011. Se trata de una acción social de responsabilidad promovida por la filial común encargada de la distribución de productos “Mazda” en España contra los consejeros designados por el fabricante de estos productos (Mazda Motor Corporation – MMC-) en el Consejo de Administración de la sociedad demandante y auspiciada por los consejeros designados por el distribuidor.

Tal como se describe en el Antecedente Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo, la sociedad TTA (distribuidora) y MMC (fabricante) suscribieron en 1996 un “equity participation agreement” (acuerdo de participación) en virtud del cual el fabricante adquiriría mediante ampliación de capital una participación minoritaria en el capital de la distribuidora de sus productos en España con la finalidad de fomentar la actividad de ésta. La sociedad TTA cambiaría su denominación a Mazda Motor España, S.A. (MME). El fabricante tendría el derecho a designar tres consejeros en Mazda Motor, uno de los cuales tendría la sede social como lugar de trabajo (vicepresidente y consejero residente) y todos deberían ser consultados para determinados asuntos, además de existir ciertos derechos de veto (se supone que con mayorías reforzadas para el Consejo). Además, el fabricante se habría comprometido emitir ciertas cartas de patrocinio o confort letters que facilitarían el acceso a financiación por parte de la distribuidora que, como es natural, asumía también determinados compromisos en el acuerdo de participación.

Años después se producen ciertas desavenencias entre los socios de MME, de modo que MMC decide iniciar conversaciones preliminares para la compra de las participaciones del socio distribuidor, que resultan infructuosas. Rota la negociación, MMC decide terminar el contrato de distribución con fecha de efectos el 28 de febrero de 2000.

En el caso, se imputaba a los consejeros designados por el fabricante la infracción de sus deberes de lealtad, confidencialidad y diligencia en el desempeño del cargo, por haber recomendado a MMC que dejara sin efecto las cartas de confort, haber

comunicado prematuramente a la prensa la decisión de terminar el contrato de distribución, haber paralizado las negociaciones de compra y venta de las acciones mediante falsas imputaciones sobre sustracción de documentos y, para colmo, haber inducido a los concesionarios de los productos a romper la relación con la sociedad.

El resultado fue la ruina total de la compañía, de modo que se reclama a los consejeros designados por el fabricante la indemnización del valor de la empresa en el momento de observarse la referida conducta.

3.1.2. Resolución judicial.

Las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial de Madrid consideraron que la raíz del conflicto se situaba en un conflicto entre socios y tenía origen en el contrato de empresa conjunta. El recurso a la acción social de responsabilidad de los administradores para exigir a los consejeros designados por el fabricante la indemnización de los daños y perjuicios derivados de las decisiones adoptadas por éste como miembro del “acuerdo de participación” sería una forma “desviada”, “forzada” e “interesada” de resolver un conflicto entre socios.

En primer lugar, porque los consejeros actuaban como representantes de MMC y para la defensa de sus intereses, lo que fue consentido *ab initio* por todos los socios, que no podían considerarse “sorprendidos” por ello:

“Es evidente que la actuación representativa de MMC no es oculta, sino que se conoce, se acepta y tiene su origen en los acuerdos alcanzados para la formación de la sociedad conjunta. Los intereses contrapuestos concurren por la propia existencia de un contrato de distribución, con independencia de que posteriormente MMC pretenda su resolución”

“La demanda imputa los hechos directamente a los demandados valiéndose de su condición de consejeros de MME, cuando no actúan como tales miembros del Consejo de Administración, ni en nombre propio, sino como representantes de MMC, condición que habían asumido no ya en las negociaciones, sino desde la formación de la sociedad conjunta, con pleno conocimiento y aquiescencia tanto de la sociedad como del grupo accionarial español, que no pueden verse sorprendidos por ello, ni pueden negar a su conveniencia tal condición”.

En segundo lugar, porque la decisión de resolver el contrato de distribución, así como el resto de conductas imputables al fabricante serían imputables a éste y el conflicto sería un conflicto “contractual” (derivado del acuerdo de participación y la desinversión decidida por una de las partes de ese acuerdo). Lo realizado por MMC no se podía imputar a sus representantes en el Consejo, que no pueden responder de tal decisión “qua” consejeros, sino mediante un uso “desviado” de la acción social de responsabilidad:

“Constatada la decisión de MMC de resolver el contrato, lo que pretende la demanda es convertir los perjuicios derivados de dicha resolución en perjuicios procedentes de una actuación personal de los demandados. Ya no se trata de atribuir a los mismos actos concretos, sino de trasladar las consecuencias de la resolución contractual, que se valoran además no como tales, sino en función del valor de la sociedad. La acción social

de responsabilidad se transforma en definitiva en un medio para satisfacer al grupo mayoritario las pretensiones mantenidas en el curso de la negociación con MMC para la venta de acciones.

Esta forma desviada de utilizar la acción social de responsabilidad se evidencia igualmente si observamos el propio informe que sirve de base a la propuesta de su ejercicio en el Consejo de Administración de 24 de noviembre de 1999 (folios 921 y ss). Dicho informe (folios 928 y ss.) señala actos concretos, que se atribuyen además a MMC. Se centran los hechos en la decisión de Mazda Motor Corporation de retirar su apoyo financiero a Mazda Motor España, en la emisión de un comunicado de Prensa en el que se anuncia la terminación de relaciones y en las consecuencias de ambas actuaciones (retrasos, recortes y anulación de producciones, retrasos en los embarques, endurecimiento de los plazos de apertura de créditos documentarios, aumento injustificado de precios). Se valoran las consecuencias de ello, como la menor facturación por automóviles (1.687 millones de pts.), menor facturación por piezas (258 millones de pts.) y el aumento de gastos financieros en más de 21 millones de pts.”.

Las conclusiones que cabe extraer de la doctrina sentada por estas resoluciones judiciales son: (i) el reconocimiento pleno de la peculiaridad de la posición del consejero - representante de un socio; y (ii) la legitimación para la defensa de los intereses de ese socio si en la propia formación de la sociedad conjunta se aceptó la existencia de tal divergencia de intereses.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011, por el contrario, desconoció la figura del consejero dominical y consideró que los consejeros designados por MMC en MME habían infringido sus deberes legales al no actuar con neutralidad:

“Describen, con ello, la realidad de uno de los supuestos clásicos del conflicto de intereses, en el sentido de imposibilidad de gestionar adecuadamente los encontrados de Mazda Motor España, SA y Mazda Motor Corporation, como consecuencia de haber asumido - al aceptar las respectivas designaciones - la defensa de ambos y hallarse las relaciones contractuales entre ellas en trance de extinción y liquidación.

En tal situación, el administrador de una sociedad, obligado como tal a defender los intereses de la misma, debe actuar como un representante leal - según exigía el artículo 127 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, en la redacción originaria - y, por ello - interpretado dicho precepto a la luz del artículo 3 del Código Civil y en relación con el estándar o modelo de comportamiento que se identifica con la buena fe -, comunicar a los demás administradores o al órgano que, según las circunstancias, debiera ser el destinatario de tal noticia, la existencia del conflicto, y abstenerse de intervenir en las operaciones en que los intereses colisionen”

El Tribunal reconoce que comunicar la existencia del conflicto era absurdo en este caso, pero mantiene la existencia de deberes de abstención:

“Ello supuesto, 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 mil novecientos noventa y seis y de su ejecución reiterada en el tiempo - en la sentencia recurrida se afirma, al

respecto, que " [...] en todo momento se aceptó la actuación de los señores [...] como representantes de Mazda Motor Corporation": fundamento de derecho quinto -.

Sin embargo, 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".

La invocación de la personalidad jurídica propia de la sociedad constituida y la apelación a los intereses de terceros en una gestión independiente de la compañía hablan por sí solas.¹⁴⁾

¹⁴⁾ Cfr. el análisis de PAZ-ARES ("Identidad y diferencia (...), p. 71). Como dice el autor, desafortunadamente, la Sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo. Lo cierto es que, en puridad, no fue revocada, ya que el recurso de casación interpuesto por MME fue desestimado. El Tribunal no apreció la existencia de relación de causalidad entre el comportamiento que se consideraba antijurídico y la indemnización reclamada y atribuyó el daño a la decisión del fabricante de resolver el contrato de distribución y no al comportamiento de los consejeros demandados.

3.2. El caso "UFG".

3.2.1. Antecedentes

El caso UFG fue resuelto por las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 30 de octubre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 3 de marzo de 2017.

La sociedad UFG es una sociedad conjunta de ENI, SPA y GAS NATURAL SDG, SA, una alianza estratégica entre competidores instrumentada mediante varios contratos de "inversión", "participación" y "acuerdo de socios" que, junto con los estatutos sociales, conforman el marco contractual de relaciones entre los dos socios de UFG. El denominado "acuerdo de socios" contempla expresamente la obligación asumida por las partes de hacer que la sociedad, sus filiales y las participadas respeten y cumplan en sus propios términos los contratos suscritos entre dicha sociedad y Unión Fenosa, que quedan unidos como Anexo al acuerdo. El acuerdo y los estatutos sociales contemplan que el abandono de actividades preexistentes requiere mayoría de 2/3 más un voto, de modo que es una decisión de "de hecho" no se puede alcanzar sino por unanimidad.

En el Consejo de Administración de UFG de 20 de marzo de 2013 se planteó por los consejeros de uno de los socios (ENI) la propuesta de denunciar por causa de fuerza mayor (Revolución en Egipto) ciertos contratos de los incluidos en el acuerdo de socios, todo ello en interés de la sociedad. Los consejeros del otro socio, que es parte del contrato que se pretende denunciar, votan en contra y la propuesta se considera no aprobada por falta de mayoría suficiente.

Los demandantes promueven una acción declarativa de la infracción del deber de lealtad por parte de los consejeros designados por un socio y varias acciones dirigidas a evitar

que en el futuro vuelvan a intervenir en los acuerdos sobre esta materia así como de proclamación judicial del resultado positivo de la votación habida en el consejo de 20 de marzo de 2013, entendiéndose que, si los consejeros conflictuados se hubieran abstenido y se hubieran descontado sus abstenciones del cómputo de la mayoría, los acuerdos se habrían aprobado.¹⁵⁾

¹⁵⁾

Sobre los fundamentos de una acción de este tipo (de proclamación del resultado de una votación) cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado positivo de una votación”, RDM, 2010, pgs. 197 y ss.

3.2.2. La resolución judicial

El argumento de los consejeros demandados para no abstenerse era que, en una sociedad en la que las operaciones vinculadas son parte esencial de su actividad, los consejeros nombrados a propuesta de uno u otro consocio están en conflicto de intereses “ab initio”. Las operaciones vinculadas con participadas de ambos socios constituyen parte esencial del desarrollo de su objeto social y por eso se establecen mayorías reforzadas para la adopción de los acuerdos que afectan a dichas operaciones vinculadas, porque se pretende la participación de los dos socios en este tipo de decisiones. En conclusión, los socios habrían dispensado a sus administradores de sus deberes de abstención porque sería lo más adecuado para el interés social en la gestión de una empresa conjunta.

La Sentencia de Primera Instancia consideró que el negocio de empresa conjunta, en lo atinente al precontrato de sociedad, se agota con la constitución de la incorporated joint venture, sin que el precontrato agotado sirva para definir el interés social en el contrato definitivo que lo reemplaza. La resolución rechaza por eso la idea de que el contrato de empresa conjunta es el contrato base de diversos acuerdos satélites donde aquél prepondera sobre estos. En suma, rechaza la idea de la "sociedad doble" y menos que la sociedad base prevalezca sobre la sociedad constituida determinando cuál sea su interés social.

En conclusión considera que, con carácter general, los consejeros designados por el socio en situación de conflicto tendría en principio deberes de abstención, a menos que el deber de abstención haya sido removido por las partes.

En este sentido, la sentencia reconoce la “imperatividad matizada del régimen del deber de lealtad de los administradores” y llega a admitir que “bajo determinadas circunstancias, incluso el deber de lealtad puede ser relevado con el consentimiento de todas las partes”. No obstante, entiende que en este caso concreto no había concurrido tal dispensa al tratarse de decidir sobre un evento extraordinario no previsto en el acuerdo de socios:

“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”.¹⁶⁾

¹⁶⁾ Como señala la propia sentencia, el Informe de expertos para la mejora del gobierno corporativo de las sociedades de 13 de octubre de 2013 establecía, al regular el deber de independencia de los consejeros, que éstos debían: “Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros” Y añadía que “Quedan exceptuados los casos en que estas no puedan afectar a intereses de accionistas externos”. Como es sabido, este último inciso no fue incluido en la reforma de la LSC de 2014.

En conclusión, la sentencia terminó declarando que los consejeros demandados habrían infringido sus deberes de abstención y les condenó a no intervenir en el futuro en los consejos en los que se fueran a adoptar ese tipo de decisiones. Sin embargo, desestimó la acción de proclamación judicial del acuerdo por entender (*obiter dicta*), que, aunque los consejeros se hubieran abstenido, no se habría logrado la mayoría absoluta necesaria para la adopción de acuerdos en el Consejo de Administración.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 2017, tras confirmar la desestimación de la declinatoria por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje (no alcanzaría a la acción ejercitada en la demanda), declaró que los consejeros de una sociedad mercantil carecerían de legitimación activa para exigir a otros consejeros el cumplimiento de sus deberes de abstención, acción que sólo correspondería a la sociedad beneficiaria de esos deberes. Si tal pretensión no es posible, la acción declarativa de la infracción del deber de lealtad debía también desestimarse al tener un mero carácter instrumental. De este modo, la Audiencia de Madrid evitó entrar en el fondo de la cuestión y posicionarse sobre la existencia o no deberes de abstención de los consejeros.

3.3. El caso Camoral vs. Lacoste.

3.3.1. Antecedentes.

Fabricante y distribuidor acuerdan crear y desarrollar un negocio conjunto de distribución de los productos licenciados por el primero a través de una estructura corporativa en la que cada uno de los socios constituyentes acabaría teniendo un 50% de su capital social.

Dicha estructura estaría compuesta por una sociedad de responsabilidad limitada domiciliada en España, participada al cincuenta por ciento, que actuaría como sociedad “holding” de un grupo integrado por varias filiales con domicilio en cada uno de los países donde efectivamente se comercializarían los productos (las “filiales operativas” o las “sociedades subsidiarias”). Los contratos de licencia de distribución y fabricación, suscritos entre el fabricante y las filiales operativas, se anexaron al acuerdo y se reconoció expresamente que el objeto social de las filiales o subsidiarias consistirá en ejecutar esos contratos de fabricación - distribución.

Las reglas que las partes se dieron para regular el gobierno corporativo de toda la estructura (quórum de constitución de los órganos y mayorías reforzadas) garantizaría que todas las decisiones, incluidas las relativas a la extinción o novación de los

contratos suscritos entre fabricante y filiales, así como la aprobación de los presupuestos y plan de negocio para la ejecución de los contratos de distribución, tuvieron que ser adoptadas con el consentimiento de los dos socios, en su caso, mediante la intervención de los consejeros designados a instancias de esos socios en el consejo de administración.

En el caso de que se produjera una situación de bloqueo en los órganos de la sociedad filial común o de las subsidiarias se aplicarían determinadas reglas sobre desbloqueo, mediante un arbitraje interno y, en su defecto, un arbitraje externo. También se dispusieron derechos – deberes de compraventa forzosa de las participaciones sociales o de liquidación de la filial común, a elección del fabricante, para el caso de que los conflictos resultasen irresolubles.

Por último, se hacía referencia a la preeminencia de lo pactado en el acuerdo sobre los estatutos de la sociedad matriz y de las sociedades filiales, así como la obligación de adaptar los estatutos a lo pactado en el contrato, dentro de los límites que autorice la regulación imperativa. Cabe añadir que los estatutos de la sociedad española eran unos estatutos – tipo y no se adaptaron en ningún momento a las reglas establecidas en el acuerdo de joint venture ni se solicitó su adaptación.

Transcurrido cierto tiempo desde la firma del acuerdo base y desde la constitución de la filial común y las sociedades subsidiarias, surgieron ciertas desavenencias entre sus integrantes relacionadas con la ejecución de los contratos de distribución. Las subsidiarias habrían adoptado una serie de medidas de presión dirigidas a lograr una modificación de los términos y condiciones de esos contratos por considerarlos poco favorables a sus intereses. Los socios se reprochaban entre sí la infracción del acuerdo y anunciaban el ejercicio de acciones judiciales en defensa cada uno de sus intereses.

Estas desavenencias llegaron al Consejo de Administración de la filial común. Los consejeros designados a instancias del socio distribuidor (la mitad de los miembros del consejo) formularon un conjunto de propuestas de acuerdos consistentes, entre otros extremos, en requerir al socio fabricante para que facilitara determinada información relativa a los contratos de distribución, se impartieran ciertas instrucciones a las filiales operativas o subsidiarias y, en última instancia, a procurar que la sociedad promoviera ciertas acciones judiciales contra dicho socio.

El Presidente del Consejo, que en aquel momento era un consejero designado por el socio fabricante, proclamó que el resultado de la votación había sido un empate, al existir tantos votos a favor como votos en contra, por parte de los consejeros designados por cada socio. Los proponentes formularon su protesta por entender que los votos negativos no deberían haberse computado por encontrarse los consejeros que emitieron esos votos en una situación de conflicto indirecto de intereses que les obligaba a abstenerse de votar en los acuerdos relativos a los contratos suscritos entre las subsidiarias y el socio que los designó. Poco tiempo después presentaron demanda de juicio ordinario ante los juzgados de lo mercantil en ejercicio de dos acciones íntimamente relacionadas entre sí: (i) una declarativa de la infracción del deber de lealtad frente a los consejeros designados por el socio fabricante al considerar que debieron abstenerse de votar en los acuerdos y (ii) otra declarativa del resultado positivo de la votación realizada en el referido Consejo de Administración.

La argumentación de los demandantes se basaba fundamentalmente en dos pilares. En primer lugar, se afirmaba que los consejeros designados por el fabricante estaban en situación de conflicto de intereses indirecto (o “por cuenta ajena”) en relación con el asunto a decidir en el Consejo de Administración (requerir información relativa a los contratos y ejercer acciones judiciales contra el socio fabricante que los había designado para desempeñar el cargo). En segundo lugar, se añadía, cualquier pacto relativo a la posibilidad de que los consejeros designados por los socios intervinieran en la adopción de decisiones que afectaran a los contratos suscritos entre el fabricante y las filiales, sería contrario al carácter imperativo de las normas de la Ley de Sociedades de Capital sobre deberes de lealtad de los administradores y, por tanto, sería nulo de pleno derecho.

Todo lo anterior debería conducir a la estimación de la acción acumulada sobre proclamación del resultado positivo de una votación. Los consejeros en conflicto de intereses no deberían tenerse en cuenta para calcular el quórum de constitución del consejo de administración y sus votos negativos no se deberían haber computado para calcular la mayoría, por lo que el resultado de la votación habría sido positivo y así debía declararse por el Tribunal. A partir de ahí, la sociedad estaría obligada a ejecutar lo acordado por el Consejo.

Los consejeros demandados alegaron que la acción promovida, antes de dictarse la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 3 de marzo de 2017, constituía un uso instrumental de las acciones basadas en la Ley de Sociedades de Capital para llegar a un resultado no querido por las partes en el acuerdo de joint venture.

El citado acuerdo base tenía por finalidad regular las relaciones entre dos partes contractuales (fabricante – distribuidor) que, como tales, se encontraban en una situación de conflicto de intereses “ab initio”, es decir, desde el mismo momento de la conclusión del acuerdo y que ese conflicto era conocido por las partes.

En segundo lugar, se añadía, la expectativa de las partes que suscriben este tipo de contratos es resolver ese conflicto “natural”, conocido y consentido desde la firma del contrato, mediante una negociación permanente en los órganos de administración de las sociedades filiales y, en última instancia en el órgano de administración de la sociedad matriz o holding (la “filial común”). En caso de que sus respectivos representantes en esos órganos no lograsen llegar a un acuerdo satisfactorio para todos se aplicarían las reglas de solución de situaciones de bloqueo previstas en el propio acuerdo (arbitraje interno o, en su defecto arbitraje externo) y, en su caso, se activarían los mecanismos de compraventa forzosa o liquidación de la sociedad de modo que la actividad pueda continuar ya en manos, en este caso, del fabricante del producto y principal interesado en su distribución.

En definitiva, como el litigio era en realidad un litigio entre los socios de la joint venture, debería resolverse con arreglo a la cláusula arbitral prevista en el propio contrato y no mediante una acción judicial declarativa de la infracción de deberes de lealtad (dirigida a declarar la nulidad de los votos emitidos en contra de la propuesta) unida a la constitución judicial de los acuerdos de la sociedad constituida precisamente para dar cumplimiento a ese contrato. De admitirse tal pretensión, la actividad de la sociedad se acabaría judicializando. La defensa promovió por ello una declinatoria por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje.

3.3.2. Resolución judicial.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid de 30 de junio de 2017 estimó la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje invocada por los consejeros demandados mediante una resolución opuesta a la dictada por el juzgado de lo mercantil en el “caso UFG”.

En primer lugar, sostiene que el contrato de joint venture, sería un “contrato de unión” o “contrato de base” (no un mero pacto parasocial) de cuya lectura conjunta y sistemática se deduciría el carácter meramente instrumental de la sociedad constituida para cumplir lo pactado en los contratos de distribución y fabricación que se anexaron como parte integrante del contrato principal.

De este modo, el objetivo o finalidad de la sociedad matriz sería exclusivamente ser titular de las participaciones sociales y operar las filiales con arreglo a su objeto social que, a su vez, consistiría en comercializar los productos del fabricante en cumplimiento de lo pactado por cada una de ellas en sus respectivos contratos de distribución y fabricación. Dicho de otro modo: matriz y filiales fueron concebidas como instrumentos de gestión puestos al servicio o subordinados a la consecución de un interés social superior y único, que no es otro que la implementación de un negocio conjunto de distribución y su desarrollo con arreglo a lo pactado en unos contratos de distribución y fabricación (la empresa conjunta), previamente negociados entre el fabricante y las filiales que se anexaron como parte integrante del Contrato principal de joint venture.¹⁶⁾

¹⁶⁾

El carácter meramente instrumental de la sociedad constituida en cumplimiento del acuerdo de joint venture fue un tema discutido también en el “caso UFG”. Los consejeros demandados en ese procedimiento sostenían 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). El Tribunal, sin embargo, considera por el contrario que: “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”. Además se añadía que la sociedad no tenía un mero carácter instrumental, sino que se trataba de una sociedad operativa: “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”.

En conclusión, dice el Auto, hay una supremacía del Contrato principal de joint venture respecto de la filial común y sus estatutos, por lo que: (i) no hay un interés social propio y distinto de la sociedad frente al interés común de los socios definido y delimitado en el acuerdo de colaboración (el fin de la sociedad y sus filiales es dar cumplimiento a ese acuerdo) que obligue a los consejeros a abstenerse y (ii) las disputas relativas a situaciones de bloqueo (o deadlock) deben resolverse conforme a lo pactado por los socios, sea mediante arbitraje interno sea mediante arbitraje externo y ello incluso aunque los estatutos guarden silencio, ya que las partes manifestaron claramente su voluntad de regirse preferentemente por el acuerdo de joint venture en detrimento de los

estatutos.

El Tribunal aceptó indirectamente la idea de la imperatividad matizada de los deberes de abstención de los administradores al reconocer que, si bien en el fabricante concurre la doble condición de cliente (como socio de la filial común y distribuidor indirecto de los productos a través de sus filiales) y proveedor (como entidad concedente de la licencia de distribución y posible suministrador) y que existe un potencial conflicto de intereses, esta circunstancia era conocida y consentida por quienes diseñaron la joint venture.

La prueba de la existencia de tal conocimiento y consentimiento estaría en el diseño mismo de la configuración contractual:

a) en el contrato se reconocía que las compañías se gestionarían de forma acorde con el contenido de los contratos de distribución y fabricación. De este modo, cualquier decisión que estuviera alineada con lo pactado en dichos contratos, o que estuviera encaminada a garantizar su puntual y estricto cumplimiento, sería siempre una decisión adoptada en interés de la joint venture. Por el contrario, toda decisión que se apartase o que infringiese lo previsto en dichos contratos sería una decisión contraria al interés social;

b) las normas de participación de los socios y consejeros en los órganos de gobierno de la filial común – sociedad holding y de sus filiales requerían que todas las medidas y resoluciones, en particular las relativas a los contratos de licencia de distribución y fabricación, deberían adoptarse por mayorías incluso por mayorías reforzadas (de $\frac{3}{4}$) que requerirían el consentimiento de los dos socios;

c) la regulación de los bloqueos en los órganos y los procedimientos específicos para solventarlos, que se aplicarían con independencia de que éste surja en una reunión entre los socios de la joint venture o en la Junta General o en el Consejo de Administración de la filial común o de las filiales operativas e incluso a cualquier materia relacionada con la terminación, modificación o renovación de los contratos de licencia de distribución y fabricación suscritos.

La conclusión a la que llegó el Tribunal es que el conflicto surgido en el Consejo de Administración de la filial común era en realidad un conflicto entre los socios de la joint venture, no entre sus administradores y que por tanto entraba dentro del ámbito de aplicación de convenio arbitral pactado. En consecuencia, estima la declinatoria y decreta el archivo de las actuaciones.

4. CONCLUSIONES

Las dificultades que plantea el funcionamiento de las empresas conjuntas cuando están integradas por socios con intereses contrapuestos son evidentes, como lo demuestra el análisis realizado de los casos más relevantes que se conocen en el ámbito de nuestra jurisprudencia civil. Es cierto que una configuración adecuada de los contratos de joint venture y sus contratos anexos, donde se anticipen los problemas y se ofrezcan soluciones adecuadas a la situación de cada Ordenamiento, puede ayudar a los operadores.

Con todo, parece necesario elaborar una doctrina consolidada que reconozca la verdadera naturaleza de las sociedades constituidas en ejecución de este tipo de acuerdos y, sobre todo, la peculiaridad de su causa y, con ello, de su interés social. Sólo de esta forma se podrá adquirir en España la seguridad necesaria para que los operadores se decidan a constituir sociedades españolas para la gestión de sus intereses conjuntos (y contrapuestos) en todo el mundo.