

DEBERES DE ABSTENCIÓN DE LOS CONSEJEROS DE UNA *JOINT VENTURE*

Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid
Miembro del Consejo Académico
Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el litigio suscitado en el consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada española participada al cincuenta por ciento por dos socios incurso en un conflicto estructural de intereses (fabricante-distribuidor) y cuyo objeto social sería la distribución del producto del fabricante con arreglo a ciertos contratos suscritos entre la sociedad y el socio-fabricante.

La aplicación meramente formal de los deberes legales de abstención de los consejeros designados a instancias de cada socio (normalmente denominados «dominicales») en supuestos de conflicto indirecto de intereses, impediría su participación en la deliberación y adopción de ciertas decisiones relativas a la ejecución de los contratos suscritos entre la sociedad y el socio fabricante. De esta forma, descontados los votos en contra emitidos por dichos consejeros, debería haberse proclamado el resultado positivo de la votación adoptada en el consejo de administración con los votos de los consejeros designados a instancias del socio-distribuidor. De hecho, mediante una demanda promovida por estos consejeros, se solicita del Juzgado que declare que los consejeros designados por el socio-fabricante infringieron sus deberes de lealtad por no abstenerse, que descunte sus votos negativos y que declare válidamente aprobadas las propuestas relativas a dichos contratos (acción declarativa del resultado positivo de una votación).

Los consejeros demandados alegaban que el «acuerdo base» de joint venture en cuyo cumplimiento se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada (o «filial común») contemplaba y daba por supuesta la participación de todos los consejeros en todas las decisiones e incluso que los acuerdos del consejo relativos a los contratos deberían adoptarse por mayoría reforzada. La aplicación mecánica o formal de los deberes legales de abstención de los consejeros en caso de conflicto de intereses indirecto conduciría a un resultado no querido por las partes. La demanda no fue resuelta en el fondo

porque el Juzgado estimó su falta de jurisdicción por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, que no estaba previsto en los estatutos sociales, pero sí en el acuerdo de joint venture que prevalecía frente a éstos.

ABSTRACT

This article addresses a dispute between the board of directors of a private limited company (*sociedad de responsabilidad limitada*). Two shareholders of said company who hold a 50% stake in the company, which are incurred in a structural conflict of interest (manufacturer-distributor) and which had the right to be equally represented in the board of directors. The company's corporate purpose is the distribution of the product of the manufacturer in accordance with certain distribution agreements entered into between the company and the shareholder-manufacturer.

According to the members of the board designated by the shareholder-distributor, the legal duty of the board members designated by the shareholder – manufacturer to abstain from indirect conflicts of interest should have prevented them from deliberating on and adopting certain decisions related to the distribution agreements entered into between the company and the manufacturer-shareholder. As a result, discounting the negative votes by said board members, the result of the vote should have been favourable with the votes of the board members appointed by the shareholder-distributor. As a result, the board members appointed by the shareholder-distributor filed a suit requesting the court to declare that the board members appointed by the shareholder-manufacturer infringed upon their duties of loyalty and requested the court to declare null and void their votes and the resolutions regarding said agreements validly adopted.

The defendants alleged that the «base agreement» of the joint venture, pursuant to which the company was incorporated, included the participation of all board members in decisions. Said «base agreement» also included that the resolutions of the board related to the distribution agreements should be adopted by a reinforced majority. Thus the formal application of the law concerning directors' duties to abstain from an indirect conflict situation resulted in an unwanted result by the parties because the decisions would be

adopted by the shareholder-distributor representatives. Ultimately, the claim was not resolved because the court considered it lacked jurisdiction as it was basically a conflict between the members of the joint venture subject to the arbitration clause established in the joint venture agreement, regardless if it was established or not in the bylaws of the company.

1. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen expondremos los aspectos que nos parecieron más relevantes del caso que dio lugar al Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid de 30 de junio de 2017 (Ponente Ilma. Sra. D.ª Olga Martín Alonso). Se trata del conflicto surgido en el consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada participada al cincuenta por ciento por dos socios, que a su vez se encuentran en una situación de conflicto estructural de intereses (fabricante-distribuidor).

Según los consejeros dominicales del socio-distribuidor, el resto de miembros del consejo de administración, designados a instancias del socio-fabricante, no debían haber participado en ciertas deliberaciones y votaciones relativas a la adopción de decisiones que afectaban a los contratos suscritos entre el socio fabricante y la sociedad, por encontrarse en conflicto indirecto de intereses. En consecuencia, ejercieron sendas acciones declarativas de la infracción de los deberes de abstención de los consejeros demandados y, sobre la base de la nulidad de los votos emitidos en contra de las propuestas formuladas a su instancia, constitutivas de los acuerdos adoptados en el consejo de administración.

Es un caso parecido al resuelto por la conocida Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid de 30 de octubre de 2013 («caso UFG»). En el Consejo de Administración de una sociedad de capital se plantea la adopción de decisiones relativas a ciertos contratos suscritos entre uno de los socios y la sociedad en cumplimiento de un acuerdo base de *joint venture*. Dicho acuerdo dispone la intervención de los consejeros designados por ambos socios en todas las decisiones de gestión, incluso ante supuestos en los que puede existir un conflicto indirecto de intereses, como son los acuerdos relativos a la novación o extinción de los contratos suscritos entre la sociedad y el socio que deben adoptarse por mayoría cualificada. De hecho, la diferencia entre ambos supuestos reside precisamente en que, según la Sentencia, la materia a la que se referían los acuerdos del consejo de administración a

adoptar en el caso *UFG* no había sido prevista por las partes en el acuerdo de *joint venture* y, por tanto, no podía considerarse incluida en la cláusula arbitral de solución de conflictos prevista en ese acuerdo. En el caso que explicamos aquí, por las razones que quedarán debidamente reseñadas, se consideró lo contrario.

En cuanto a la cuestión de fondo, no se debatió sobre la legitimación de unos consejeros para interponer acciones meramente declarativas de la infracción del deber de lealtad de otros consejeros (algo que finalmente rechazó la SAP Madrid de 3 de marzo de 2017 en el caso *UFG*), pero sí se pronunció el Juzgado sobre el deber de lealtad de los consejeros de una sociedad constituida en ejecución de un acuerdo de *joint venture* donde se habían dispensado, siquiera implícitamente, los deberes de abstención por conflicto indirecto de intereses en relación con las decisiones que afectarían a los contratos a ejecutar por conducto de la sociedad.

Como percibirá el lector atento, el caso presenta paralelismos con la jurisprudencia sentada en sendos grupos de resoluciones bien conocidos en la *praxis* societaria española: (i) las recaídas en el denominado «caso *Mazda*» en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 28ª— de 17 de abril de 2007 y del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 y (ii) las resoluciones más recientes y relevantes sobre oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales (cfr. STS 1ª de 24 de febrero de 2016 y SAP Barcelona de 31 de marzo de 2016).

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ACUERDO DE JOINT VENTURE

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 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. En adelante, siguiendo una nomenclatura ampliamente

seguida en la práctica, nos referiremos al acuerdo de joint venture como el «acuerdo base», a la sociedad de responsabilidad limitada española constituida en cumplimiento del mismo como la «filial común» y a las filiales de ésta como las «subsidiarias».

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, tuvieran 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 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 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 de *joint venture* 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, que tenía, como se ha dicho, una composición paritaria. 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. Se realizó una votación en la que intervinieron todos los consejeros.

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 emitidos por los consejeros dominicales del fabricante 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 de Madrid 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.

3. DECLINATORIA DE SOMETIMIENTO DE LA CUESTIÓN A ARBITRAJE

Los consejeros demandados alegaron, básicamente, que se estaban instrumentalizando las acciones basadas en la Ley de Sociedades de Sociedades de Capital en aras a llegar a un resultado no querido por las partes en el acuerdo de *joint venture* que, además, implicaba la indebida elusión de la cláusula arbitral contenida en dicho acuerdo. Esta es la razón por la que opusieron una declinatoria por sometimiento de la cuestión a arbitraje, sobre la base del siguiente razonamiento:

En primer lugar, se alegaba que el 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. En el socio fabricante concurre la doble condición de proveedor, porque concede la licencia de uso de su marca y suministra el producto, y cliente, ya que es socio de la sociedad holding de las sociedades encargadas de la distribución del producto conforme a las condiciones pactadas en los contratos de distribución unidos a dicho acuerdo. Se encuentra por lo tanto en una posición de conflicto «estructural» de intereses, pero ello es sabido e incluso querido por las partes desde el mismo momento en que se constituyó la sociedad.

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 conclusión, la invocación por los demandantes de los deberes legales de abstención de los consejeros de la sociedad matriz designados a instancias del fabricante con la finalidad de interponer una acción judicial en nombre de esta sociedad y relativa a los contratos de distribución constituía una estrategia contraria a lo pactado por las partes en el acuerdo de *joint venture*. Además, no se podía afirmar que los consejeros designados por el fabricante actuaran de forma contraria al interés social de la sociedad constituida en cumplimiento de ese acuerdo porque dicho interés no se podía definir sino en consideración al propio acuerdo de *joint venture*. La composición permanente de los intereses en conflicto entre fabricante y distribución estaría en la causa misma de la constitución de la sociedad de capital nacida en cumplimiento del acuerdo. Se trataría, en fin, de una sociedad cuyo fin común consistiría precisamente en gestionar el negocio entre partes esencialmente conflictuadas mediante el empleo de todos los esfuerzos para llegar a acuerdos en el seno de un consejo de administración controlado conjuntamente o aplicar los mecanismos de desbloqueo en otro caso.

En definitiva, alegaban, 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.

4. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

La cuestión dogmática que debía resolver el Juzgado afectaba a la naturaleza misma del acuerdo de *joint venture* y a su incidencia en la caracterización de las sociedades constituidas en ejecución del mismo, que es una cuestión poco estudiada por la doctrina y que apenas cuenta con referencias en la jurisprudencia española.

Como han afirmado algunos autores, se produce una situación de coligación negocial entre el «contrato base» (o *joint venture agreement*) y los

denominados «contratos satélite», incluidos los contratos de constitución de las denominadas «filiales comunes» que incorporan el acuerdo mismo (*incorporated joint venture*). El acuerdo base no se extinguiría con la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada, sino que permanecería vigente y debería servir para interpretar e integrar la reglamentación aplicable a las sociedades de capital constituidas en cumplimiento del mismo. No es sólo un pacto parasocial, sino uno de esos acuerdos «metaestatutarios» o «supraestatutarios» cuyas reglas prevalecen respecto de las reglas estatutarias de las sociedades constituidas en cumplimiento del acuerdo de *joint venture*.

De hecho, el interés común a los socios de las filiales comunes habría que definirlo de modo conforme al acuerdo y esto resulta fundamental para determinar la existencia o no de una situación de conflicto de intereses en los consejeros designados por los socios.

De modo muy sucinto esas ideas fueron acogidas por el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid de 30 de junio de 2017 que estimó la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje invocada por los consejeros demandados sobre la base de los siguientes razonamientos:

1º) En el «contrato de unión» o «contrato base» de *joint venture* las partes sometieron expresamente a arbitraje (de la Cámara de Comercio Internacional) todas las controversias derivadas de o en conexión con el mismo.

2º) La demanda de la que deriva la declinatoria se basaba en la supuesta vulneración de la obligación de lealtad de los consejeros demandados alegando la falta de abstención en la deliberación y votación de una serie de propuestas en las que se encontraban en situación de conflicto de interés durante la celebración del Consejo de Administración de la sociedad, por lo que, en principio el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social sería funcional y territorialmente competente para el conocimiento de las acciones promovidas.

3º) Ahora bien, de la documental aportada a las actuaciones habría quedado probado que:

1. El contrato suscrito entre las partes sería un contrato de *joint venture*, un «contrato de unión» o «contrato de base», y 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 *joint venture*.

2. 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.

3. 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*.

4. En consecuencia, 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.

5. Es decir, las partes manifestaron claramente su voluntad de regirse preferentemente por el acuerdo de *joint venture* en detrimento de los Estatutos (o de la normativa mercantil supletoria en defecto de previsión estatutaria específica).

6. 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), por lo que existe un potencial conflicto de intereses. Esta circunstancia es conocida y consentida por quienes diseñaron la *joint venture*.

7. De hecho, durante la negociación de ese acuerdo, las partes establecieron:

a) un interés social conjunto por remisión o identificación con una gestión de las compañías 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) unas normas de participación de los socios y consejeros en los órganos de gobierno de la filial común-sociedad holding y de sus filiales cuyos estatutos, por haberlo así acordado las partes, deberían ser compatibles con el contenido del Contrato de joint venture y asumiendo ambos socios la obligación de adaptarlos siempre que fuera necesario para mantener dicha compatibilidad así como la prevalencia de lo pactado en el acuerdo de joint venture sobre los estatutos sociales;

c) unas normas que regulan el régimen de adopción de acuerdos en general y en relación con los contratos de licencia de distribución y fabricación en particular, que requerían que todas las medidas y resoluciones serían adoptadas por mayoría (luego con el consentimiento de los dos socios);

d) unas normas que regulan la composición de la Junta Directiva (de las filiales) o Consejo de Administración (de la matriz) mediante composición paritaria (50% – 50%) que debería mantenerse durante toda la vida del contrato. El quórum necesario para la válida constitución del Consejo sería el de una mayoría de $\frac{3}{4}$ de consejeros, por lo que todas las resoluciones deberían adoptarse con el voto a favor de consejeros de uno y otro lado. Estas reglas se aplican incluso para la aprobación del Presupuesto y del Plan de Negocio de las filiales, que son las herramientas con las que se planifica la gestión y ejecución de los contratos de distribución y fabricación y que podrían colisionar con los intereses del fabricante como concedente de la licencia de distribución y proveedor de los productos objeto de comercialización.

8. Por último, se crea un régimen de bloqueo y un procedimiento específico para solventarlo y que:

a) se aplica 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;

b) se aplica por tanto a los bloqueos surgidos en el seno del Consejo de Administración de la filial común cuya competencia se extendía, mediante mayoría reforzada de 3/4 partes de sus miembros, esto es, contando con el voto a favor de los consejeros designados por ambos socios a cualquier materia relacionada con la terminación, modificación o renovación de los contratos de licencia de distribución y fabricación suscritos.

5. CONCLUSIÓN

En conclusión, el conflicto surgido en el Consejo de Administración de la filial común es en realidad un conflicto entre los socios de la *joint venture*, no entre sus administradores, que entra dentro del ámbito de aplicación de convenio arbitral pactado, por lo que se estima la alegación de falta de jurisdicción y se decreta el archivo de las actuaciones.

En un plano estrictamente jurídico cabría añadir la necesidad de revisar el fundamento y alcance de los deberes de abstención de los consejeros ante supuestos de conflicto indirecto de intereses. En ocasiones la contraposición entre el interés del socio y el interés de la sociedad no es tan evidente como puede parecer a simple vista. Ocurre en el ámbito de los grupos y ocurre en el ámbito de las sociedades constituidas en cumplimiento de acuerdos de gestión de empresas conjuntas.