



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2012/68

diciembre 2012

**TITULO: RESÚMENES DE LAS MESAS REDONDAS CELEBRADAS EN X
CONGRESO HARVARD-COMPLUTENSE: "A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON
OLD AND NEW PROBLEMS OF CORPORATE AND FINANCIAL LAW" (24TH-
27TH SEPTEMBER 2012)**

**Autores: M. Sierra Flores, Carmen Galán, Luz M^a García, Javier Megías, Reyes Palá,
Blanca Villanueva**

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>
Copyright © 2012 por el autor

MARTES 25 DE SEPTIEMBRE

MESA REDONDA “HEDGE FUNDS. CRISIS AND REGULATION. TRUES AND LIES”

Tras la cuidada e interesante conferencia impartida por el Prof. TAPIA HERMIDA en la que explicó los hedge funds (o fondos de inversión alternativos), la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011 relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y la problemática real que plantean, se abrió una mesa redonda y un turno de intervenciones que moderó Iñigo GÓMEZ-JORDANA. El papel de Iñigo no fue solo de moderador, sino que desde una perspectiva práctica expuso sus consideraciones sobre los hedge funds y las cuestiones subyacentes, más allá de la regulación.

En la primera intervención, que correspondió a Blanca VILLANUEVA, se explicó la conveniencia, o no, de permitir la comercialización de los hedge funds entre inversores minoristas. Esto es, incrementar sus destinatarios, pues como había explicado con detalle el Prof. TAPIA HERMIDA, por sus características –elevadas inversiones, alto riesgo, desregulación, falta de transparencia- sus destinatarios naturales son los inversores profesionales. Para la definición de ambos tipos de inversores se remitió a la legislación del mercado de valores (art. 78 bis LMV) que, en este aspecto, se reformó para incorporar la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID).

La Directiva 2011/61/UE, en su Considerando 71, autorizaba a los Estados a permitir la comercialización entre inversores minoristas de su territorio de todos o algunos tipos de Fondos de Inversión Alternativos (FIA) gestionados por Gestores de Fondos de Inversión Alternativos (GFIA). En tal caso habría que realizar una evaluación de estos FIA para determinar su aptitud para ser comercializados entre los inversores particulares. Explicó la postura intermedia acogida por el legislador español consistente en permitir que los inversores minoristas participen en los FIA de forma indirecta, mediante los denominados «*fondos de hedge funds*». [v. el hoy derogado RD 1309/2005, de 4 de noviembre, la Circular 1/2006, de 3 de mayo de la CNMV sobre Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión

Libre y el vigente RD 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva]. En la intervención se expusieron las dificultades que plantea permitir el acceso de los inversores minoristas a estos fondos, por cuanto exige moderar algunas de sus características que aparecen como principal atractivo para invertir en ellos. El acceso de los minoristas reclama un deber de transparencia y de información hacia los inversores, lo que sin duda afectará al rendimiento del fondo: a mayor transparencia menor rendimiento.

Acto seguido, intervino la Prof. REYES PALÁ que explicó la regulación – europea y estadounidense- recientemente adoptada con el ánimo de controlar el riesgo sistémico que pueden plantear los hedge funds por su intervención en los mercados. La intervención de la Prof. PALÁ fue especialmente interesante porque para su preparación contó con una estancia de investigación en la Universidad de Harvard que le permitió profundizar en la regulación estadounidense de los hedge funds. Estancia que por el momento ha dado su fruto en un cuidado trabajo titulado “hedge funds y riesgo sistémico” disponible como *Documento de trabajo* en eprints.ucm.es. En su intervención, Reyes nos explicó la contribución de los hedge funds en la amplificación de los efectos de la crisis financiera, debida a la conexión de su actividad diaria con el sector bancario y las sociedades de valores. Asimismo, explicó los riesgos que generan los hedge funds tanto en los flujos crediticios como en el funcionamiento de los mercados de valores así como la posibilidad de que transmitan el riesgo por vías directas o indirectas.

Tras plantear el escenario de la incidencia de los hedge funds sobre el riesgo sistémico, la Prof. PALÁ explicó detalladamente las soluciones normativas acogidas en Estados Unidos para su control. No solo se centró en las soluciones adoptadas en relación con los hedge funds sino que se refirió a las medidas adoptadas en relación con las entidades financieras en general. Con respecto a las previstas sobre los hedge funds, en síntesis, las medidas acogidas por la Dodd-Frank Act han consistido en someter a registro en la SEC a las grandes gestoras de hedge funds y de establecer obligaciones de registro de operaciones y de remisión de información pública periódica a la SEC. Junto a la supervisión de la SEC de las grandes gestoras de hedge funds destaca la supervisión de otras menores por los supervisores de los Estados federados. En el ámbito europeo, la Prof. PALÁ explicó el alcance de la Directiva 2011/61/UE y la obligación de comunicación por parte de los supervisores de las gestoras de los hedge

funds del nivel de apalancamiento de éstos. Dicha información habrá de estar a disposición de los supervisores del resto de los Estados europeos, del ESMA y de la Junta Europea de Riesgo Sistémico. Como señaló REYES, la Directiva constituye un avance indudable en el control del riesgo sistémico, cuya aplicación requiere un desarrollo reglamentario.

Tras la Prof. PALÁ, ÍÑIGO dio la palabra a LUZ M. GARCÍA que explicó la influencia que podía producir la participación de los hedge funds en las sociedades cotizadas y en las no cotizadas. Con esta técnica de participación en las sociedades los hedge funds, expuso LUZ, pretenden alcanzar la máxima rentabilidad. En definitiva, esta técnica consiste en participar de forma activa en los órganos societarios de las sociedades en las que invierten. La Directiva 2011/61/UE ha tratado de poner coto a este activismo pues como señala su primer Considerando, los hedge funds pueden ejercer una notable influencia en los mercados y en las empresas en las que invierten debido a su volumen. LUZ explicó que en el articulado de la Directiva se observa un tratamiento novedoso de las participaciones de control, consistente en ampliar el régimen de comunicación a participaciones en sociedades no admitidas a cotización. Con ello pretende la Directiva lograr más transparencia y protección de los sujetos implicados. Además, la Directiva incluye un conjunto de limitaciones temporales a la liquidación de activos de las sociedades controladas. En conclusión, expuso LUZ, el nuevo régimen de comunicación de participaciones de control en sociedades no cotizadas viene a cubrir una laguna que ya había sido advertida y además, la Directiva se suma a la preocupación general de incrementar la transparencia respecto a las sociedades no cotizadas y de dotar de mayor protección a las empresas controladas y a sus trabajadores ante tomas de control por hedge funds y private equity.

Por último, llegó el turno de Elisa P. LUCAS que puso de relieve los problemas planteados por la política remunerativa de los GFIA, de sus administradores y empleados. ELISA señaló con claridad cómo el uso de variables tan agresivas como la “*hurdle rate*” o la “*high wáter mark*” han puesto en peligro los mercados, llevando a los GFIA a asumir riesgos excesivos ante la perspectiva de obtener elevadísimas retribuciones a corto plazo. Para combatir esa inadecuada política retributiva, señaló ELISA, la Directiva 2011/61/UE le prestó especial atención, con el objetivo de fijar políticas sostenibles que pudieran alinear los intereses de los GFIA y del FIA. Señaló que la Directiva se remite, además, a la Recomendación de la Comisión de 30 de abril del 2009, 2009/384/CE, sobre las políticas de

remuneración en el sector de los servicios financieros. Por último, terminó destacando las medidas acogidas por las disposiciones señaladas, entre las que destaca la conveniencia de establecer una separación funcional entre quienes realizan funciones de gestión y control de riesgo y quienes se encargan de las unidades de negocio. Separación que afectará también a la política retributiva.

La mesa redonda terminó con unas interesantes palabras de recapitulación del ponente –Alberto TAPIA HERMIDA- y del moderador –Íñigo GÓMEZ-JORDANA- acerca de la profundidad de las cuestiones debatidas y la necesidad de obtener un adecuado tratamiento y control de los hedge funds, de sus gestores y de su actuación. Como apunte obligado y esencial, destacaron los agradecimientos del Prof. TAPIA HERMIDA a su compañero Juan SÁNCHEZ-CALERO quien, pese a no haber asistido a la X edición del Seminario, participó y colaboró en la preparación de la conferencia.

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

MESA REDONDA “OTC IN THE ERA OF FINANCIAL REFORMS”.

La cuarta ponencia de la X. Edº Congreso Harvard-Complutense estuvo a cargo de la Catedrática Dña. Carmen ALONSO LEDESMA bajo el título “Los derivados OTC en el marco de la reforma financiera”. Tras su exposición, se realizó una mesa redonda coordinada por el Prof. Íñigo Gómez Jordana de la UCM, donde se discutieron diversos temas cuyo nexo común fueron los derivados OTC:

Dio inicio a la mesa la Prof. Isabel FERNÁNDEZ TORRES-UCM- con la comunicación “Trade repositories”, ilustrándonos con el tratamiento de los registros de operaciones por el Reglamento EMIR. En aras al incremento de la transparencia sobre los derivados OTC, este Reglamento establece la exigencia de la comunicación de la contratación de derivados a los repositorios de datos. Su ámbito de aplicación se circunscribe a la obligación de informar sobre la celebración, modificación o resolución de cualquier contrato de derivados por parte de entidades financieras y, en determinadas circunstancias, entidades no financieras; para su efectivo cumplimiento, los Estados Miembros son los encargados de arbitrar un

régimen sancionador y de publicidad. Finalmente, se enunciaron el proceso de inscripción y supervisión de las entidades encargadas del registro de operaciones, en el cual, la AEVM tiene un papel preponderante.

Seguidamente, la Prof. M^a Sierra FLORES DOÑA- UCM- pasó a desarrollar el contenido del informe que se ha de proporcionar a los registros de operaciones en su comunicación “Transparency on OTC”, resaltando que con el Reglamento EMIR se produce el tránsito de la información privada y dispar de cada contrato a un régimen de información de conocimiento público. El contenido del informe, exigido por el art.9, se desarrolla en el Borrador de Normas Técnicas para la reglamentación de Derivados OTC, ECC y Registro de Operaciones (BNT-ESMA). En primer lugar se indicará el contrato, su mención se realizará mediante una única identificación del producto (UPI) o, en su defecto, se nombrará su clase. También habrá de incluirse su objeto y la modalidad en que se liquida. En segundo lugar, se habrán de indicar las principales características del contrato, siguiendo el formulario único desarrollado por el BNT.ESMA. Éste se caracteriza por estar dividido en dos tablas, en la primera tabla, denominada “counterparty data”, se indican los datos sobre las contrapartes, mientras que en la segunda tabla o “common data” se proporcionan los datos sobre el contrato, incluyendo desde su tipología hasta la mitigación del riesgo.

Intervino en tercer lugar, la Prof. Carmen GALÁN LÓPEZ-UCM- quien expuso las modalidades de compensación y liquidación de derivados OTC con la comunicación “Clearing and settlement methods and its problems”. Comenzó su intervención diferenciando la liquidación entre partes a la compensación y liquidación mediante Cámaras de Contrapartida Central (CCPs), para, a continuación, concretar el tratamiento de las CCPS por EEUU con la Dodd-Frank Act y, por Europa, en el Reglamento EMIR. Entre otras cuestiones, subrayó el papel de la CFTC o el SEC, en EEUU, y la ESMA, en Europa, en la determinación de los derivados sometidos a compensación. Destacando, el procedimiento europeo de elección de los derivados en base a un procedimiento con un enfoque ascendente o bien. La Dodd-Frank también establece una serie de exigencias en cuanto a composición y funcionamiento de las entidades que han de registrarse, es decir los swap dealers y los major swap participants, si bien se establecen excepciones o “cumplimiento sustituido”. Mientras que, el Reglamento EMIR compete a la ESMA como la encargada del control de las CCPs con la colaboración y conexión con las autoridades nacionales. La Prof. Galán concluyó su intervención remarcando el estado preliminar de la legislación en ambos países, ya que hay cuestiones que siguen sin estar

resueltas, además de que estar a la espera del resultado de la consulta de BCBS-IOSCO en normas internacionales comunes.

Posteriormente, se procedió a analizar algunas cuestiones que surgen en situaciones concursales en relación con los derivados OTC. En primer lugar, la Prof. Isabel Fernández Torres realizó una introducción sobre la validez de la cláusula “flip clause”. Este tipo de cláusulas permiten el cambio, en el orden de prelación de pagos de una operación, al emisor de un swap, relegándolo a deudor subordinado. Mientras que el Tribunal Supremo de Reino Unido ha admitido la validez de la “flip clause”, en EEUU, el Tribunal de Quiebras ha declarado la nulidad de las cláusulas “ipso facto”, similares a las anteriores, en virtud del Chapter 11. En el caso de España, la Prof. Fernández Torres concluye declarando su posible validez en atención al principio de libertad de pactos así como a la no violación del principio de la par conditio creditorum.

A continuación, el Prof. Javier MARTÍNEZ ROSADO-UCM-, bajo el título “Insolvency Issues and OTC”, partió de una introducción terminológica sobre los derivados y, en concreto, aquellos cuyo fin es la cobertura de riesgos- como son las permutas de tipos de interés o swaps-. Para, posteriormente, centrarse en la problemática jurídica que plantean las permutas financieras. En un primer lugar, se reflexionó sobre la nulidad de este tipo de contratos por falta de consentimiento del consumidor al ofrecerse como un mero seguro por las entidades de crédito. Indicó la tendencia a la financial literacy así como sus programas como medida preventiva a la falta de información del consumidor; también se enunció la legislación española y europea al respecto. La segunda parte del análisis versó sobre las implicaciones concursales de estos acuerdos de compensación y la legislación especial aplicable.

Siguiendo este hilo conductor, la Prof. Lourdes GARNACHO-URJC-, procedió a desarrollar la figura del close-out netting en la comunicación “Close-out netting on OTC: regulatory attempts”, alertando de la especialidad que presenta respecto a la normativa concursal. Dada su consideración como acuerdos de compensación contractual, por tanto, siéndole aplicable el RD-Ley 5/2005, no se ven afectadas por una eventual declaración de concurso (art.16.1). Ello implica que se contraviene la Ley Concursal al admitir la compensación de créditos así como la resolución de los contratos vigentes por la declaración del concurso (prohibido por art.58 y 61.3 LC). La incógnita que trata de resolver la Prof. Garnacho es qué clasificación habría de darse al saldo resultante del cierre anticipado del contrato de swap. En un primer momento, el referido art.16 no aclaraba la cuestión, hecho que propició diversidad de pareceres en el

ámbito jurisprudencial. Diversas reformas parciales del precepto, en los años 2009 y 2011 respectivamente, apuntan a que, llevando a cabo una interpretación sistemática, se ha de considerar que la finalización anticipada de un contrato de swap ha de considerarse un crédito concursal si se ha producido por la declaración del concurso, mientras que, si el concurso no es la causa de resolución, el incumplimiento del concursado ha de clasificarse como un crédito contra la masa.

Continuando con las implicaciones concursales y los derivados OTC, la profesora Sagrario NAVARRO LÉRIDA-UCLM-, expuso en su intervención algunas cuestiones que se plantean ante un eventual concurso de una Entidad de Contrapartida Central o uno de sus miembros. En primer lugar, realizó una valoración de la “alerta” que ha de recibir la autoridad competente cuando un miembro compensador no sea capaz de cumplir con las obligaciones futuras. Es decir, si dicha alerta pone de manifiesto una eventual insolvencia o hasta qué punto, en estos casos, podría asimilarse la labor de la autoridad competente a la función del auditor en derecho concursal español. En conexión con lo anterior, la Prof. Navarro pasó a discernir sobre quién es competente para realizar dicho aviso, destacando las competencias del Comité de Riesgos como asesor del Consejo de la ECC en materia de gestión de riesgos, aunque también se apuntó sobre la posibilidad de la externalización de la gestión de riesgos. Finalmente, se procedió a subrayar la importancia del análisis de riesgos así como la eventual responsabilidad de la ECC en este análisis hasta su última consecuencia, el propio default de la ECC.

En último lugar, la doctoranda Luz M^a GARCÍA MARTÍNEZ destacó la importancia de la convergencia global en el tratamiento legislativo de las CCP en “The impact of regulation on European and American CCPS in third countries: need for regulatory convergence?”. Expuso, en un primer término, las regulaciones sobre las CCPS en vigor, es decir EEUU, EU y Japón. Posteriormente, se describió el estado de la cuestión en los restantes miembros del G20. Basándose en los informes de la FSB, se constató el previsible incumplimiento por parte de los miembros del G20 en cumplir los plazos para la aprobación de la regulación de los derivados OTC a finales del 2012. En consecuencia, debido al riesgo de arbitraje normativo que se puede producir en el caso de la falta de armonización en la regulación de las CCPS, es necesario que estos países en vías de implementación de la normativa se basen en las recomendaciones de IOSCO y CFGS sobre las CCPS para alcanzar la ansiada transparencia en el mercado de derivados OTC.

LUZ M^a GARCÍA MARTÍNEZ

MIÉRCOLES 26 DE SEPTIEMBRE

MESA REDONDA “MINORITY OPPRESSION AND DIVIDEND POLICY. THE SPANISH CASE”

La intervención del Prof. Luis FERNÁNDEZ DEL POZO –Registrador de la Propiedad y Mercantil de Barcelona, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Cataluña– sobre «Minority Oppression and Dividend Policy. The Spanish Case» en torno a la problemática completa del art. 348 bis LSC dio paso a una Mesa redonda donde se debatió sobre cuestiones generales y concretas generadas por el mencionado precepto legal.

Abrió la Mesa el profesor Javier MEGÍAS LÓPEZ abordó el problema planteado por el art. 348 bis LSC desde una perspectiva general en su comunicación «Control shareholder abuse in closed companies». El planteamiento partió de la base simple sobre la que se cimienta el abuso, como es la posibilidad de ejercer el control en las decisiones de la Junta General en virtud del principio de mayorías en la adopción de acuerdos del órgano. Esa regla connatural a la teoría orgánica de las personas jurídicas dificulta la valoración sobre si las circunstancias objeto de disputa son realmente medidas de opresión o bien forman parte de la perspectiva legítima que del interés social tiene la mayoría. Pues mientras en un caso es incuestionable la necesidad de tutelar al socio oprimido con medidas adecuadas, en el otro debe concederse un espacio a la discrecionalidad del poder de decisión de la mayoría de control, como principio básico de la regla de mayorías.

Y es que a lo largo de la vida de la sociedad se pueden presentar conflictos de interés sociales –incompatibilidad de intereses particulares legítimos de las diferentes clases de socios– y conflictos con intereses extrasociales – incompatibilidad entre intereses legítimos pretendidos por algunos socios e intereses privados de los socios que no pertenecen al interés social por no promover adecuadamente la causa del contrato–. Mientras los conflictos entre intereses legítimos de los socios se resuelven adecuadamente por la regla de mayorías y no deben ser fiscalizados por los Tribunales –siempre que la decisión se adopte de conformidad con los requisitos legales de formación de la voluntad social–, la promoción de un interés extrasocial por la mayoría precisa de una adecuada medida de corrección judicial. La dificultad se encuentra en la distinción entre unos y otros tipos de conflictos, que no siempre es perceptible con claridad. Será decisivo en

dicha distinción si el interés promovido por la mayoría era o no razonable, en contraste con el interés reprimido de la minoría –así la reciente STS de 7 de diciembre de 2011, precisamente en un caso de opresión manifestado por la retención injustificada de beneficios–.

En su intervención bajo el título «The logic of article 348 bis LSC», Elisa LUCAS MARTÍN –Becaria predoctoral FPU, UCM– valoró la introducción en el ordenamiento español del reconocimiento a los socios del derecho a la percepción de un dividendo, o, en su defecto, un derecho de separación por no distribución de ese dividendo mínimo. Centró su análisis en los requisitos que han de concurrir para que nazca el derecho de separación así como los problemas derivados tanto de la literalidad del artículo como de su puesta en práctica; entre otros problemas, apuntó los relativos al momento a partir del cual nace el derecho de separación, qué debe interpretarse por beneficios propios de la explotación a los que se asocia el cálculo sobre el dividendo mínimo objeto del artículo discutido, las diferencias de plazo y ejercicio de este supuesto de separación frente a los supuestos del artículo 348 LSC, o lo que parece un trato diferenciado sin aparente justa causa respecto al nacimiento de este derecho en el escenario posterior a una fusión –en función de que la fusión fuera por absorción o por creación de nueva sociedad–.

También aludió a los problemas inherentes a la eventual puesta en práctica de este art. 348 bis, y el riesgo para la estabilidad patrimonial que supondría para muchas sociedades, cuando la situación económica dificulte tanto el reparto de dividendo como la restitución de aportaciones en el caso de ejercicio del derecho de separación aludido; o los relativos al conflicto entre el reparto del dividendo y la contravención de un acuerdo de refinanciación.

Por su parte, el profesor Alfredo MUÑOZ GARCÍA –UCM– trató dos cuestiones adicionales relativas al mismo art. 348 bis LSC. Por un lado, la función de la norma y por otro los problemas de carácter registral que su aplicación pudieran producir. En cuanto a lo primero, afirmó que parece que la finalidad de atenuación de la opresión de la mayoría a través de un reparto sistemático de los beneficios procedentes de las actividades ordinarias no es la base de esta norma, puesto que institucionaliza, al margen de las expectativas económicas y la situación financiera, el dividendo como instrumento tutelar del interés del socio, que se concretaría en obtener periódicamente una plusvalía de su inversión. Con ello, y analizando sistemáticamente el resto de supuestos legales de

separación, el legislador estaría forzando a las sociedades de capital a estructurar como parte de su arquitectura básica e inevitable a la causa lucrativa, dado que la no atención, tras los 5 primeros años –plazo coincidente con el previsto art. 108.4 LSC–, del fin lucrativo –delimitado en la obtención del dividendo y no en el incremento de valor de la participación en la sociedad–, legitima la ruptura unilateral del contrato de sociedad y la separación del socio disconforme. La norma conllevaría configurar el reparto, y no la reinversión – que implica la consiguiente generación de valor para el socio–, como un elemento tipológico que fricciona con el resto del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, también abordó los posibles problemas registrales en la aplicación del referido precepto y la tutela que en otros supuestos de separación se dispensa a los socios y a los acreedores. Todas las causas legales de separación vienen referidas a un acuerdo adoptado por la Junta que es inscribible –y cuya inscripción queda en suspenso mientras no se atiendan los intereses del socio que se pretende separar y de los acreedores que pudieran oponerse a dicha separación, en los supuestos en los que se les tutela con el derecho de oposición–, mientras que, por el contrario, el art. 348 bis reconoce un derecho de separación ante la aprobación de un acuerdo no inscribible, que es el de aplicación del resultado. Esta excepcional situación pudiera exigir una interpretación correctora del control registral y, posiblemente, una regulación reglamentaria que tutelara los intereses en juego.

Cristina GUERRERO TREVIJANO –Becaria predoctoral FPU, UCM– abordó el tema del «Enforcement of the withdrawal right», donde puso de manifiesto algunos de los principales problemas que plantea la aplicación del derecho de separación por falta de distribución de dividendos previsto en el art. 348 bis LSC, adicionales a los apuntados por los participantes anteriores. En primer lugar, una de las cuestiones que mayor controversia suscita es saber si el derecho de separación ex art. 348 bis LSC es dispositivo y renunciable. Si bien un sector doctrinal considera que los Estatutos pueden derogar o regular el derecho de separación siempre y cuando este tipo de decisiones se adopten por unanimidad de los socios, la doctrina mayoritaria defiende el carácter imperativo del precepto, llegando incluso a considerar que el derecho de separación del art. 348 bis LSC y las condiciones para su ejercicio son normas de mínimos inderogables introducidas por razones de orden público para la defensa del socio minoritario.

Otro de los principales problemas de aplicación de este precepto es el de la compatibilidad del derecho de separación con la existencia de cláusulas de no distribución de dividendos hasta la completa satisfacción de los créditos recibidos incluidas en los acuerdos de financiación suscritos entre la sociedad y entidades financieras. Asimismo, se plantean problemas similares en la aplicación del derecho de separación por falta de distribución de dividendos en el caso de que existan planes de negocio que incluyan la aportación de beneficios sociales.

La aplicación automática del art. 348 bis LSC en estos supuestos, sin tener en cuenta las distintas circunstancias que rodean el ejercicio del derecho de separación, puede plantear serios problemas que deriven en consecuencias muy negativas para la sociedad. De ahí que la doctrina mayoritaria sostenga que el deber de fidelidad de los socios debe operar modulando el ejercicio del derecho de separación y obligando a los socios a no comprometer la subsistencia de la sociedad.

Cerró la Mesa Juan Ignacio SIGNES DE MESA –Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– con la comunicación «Equal treatment of minority shareholders as a general principle of European Union Law». Señaló en su análisis que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, el Derecho europeo no prevé ningún principio general de igualdad de los accionistas susceptible de obligar a un accionista que adquiere el control de una sociedad a ofrecer a los accionistas minoritarios la compra de sus participaciones en condiciones idénticas a las convenidas con ocasión de la toma de control. En particular, en la STJUE de 15 de octubre de 2009, en el asunto Audiolux, S.A. contra Groupe Bruxelles Lambert, S.A (GBL) y otros, el Tribunal de justicia consideró que el principio de igualdad de los accionistas no puede inferirse del Derecho europeo derivado y que la obligación de compra forzosa no puede ser establecida sino mediante una decisión legislativa específica.

En particular, el fallo del Tribunal de Justicia ha de ser bienvenido, en la medida en que responde acertadamente a los desafíos que entrañaba la tesis de Audiolux. A título de principio, cabe destacar que ninguna de las disposiciones a las que hace referencia la *Cour de cassation* de Luxemburgo en su petición de decisión prejudicial establecía una consecuencia jurídica similar a la pretendida por Audiolux en el procedimiento principal. De modo que no parece que la conclusión del Tribunal de Justicia, después de su análisis casuístico, pudiera haber dado lugar a una interpretación diferente. En concreto, tanto la sentencia como

las conclusiones del Abogado General coinciden en apreciar que las disposiciones las disposiciones europeas invocadas por la demandante se encontraban destinadas a regular situaciones específicas del Derecho societario, imponiendo obligaciones para la protección de accionistas, y no manifestando, por el contrario, la existencia de un principio general de igualdad de trato para los accionistas minoritarios. Así, por lo pronto, el Tribunal de Justicia distingue con criterio entre la igualdad que rige en las relaciones entre la sociedad y los accionistas (igualdad denominada «interna»), y la igualdad que ha de regir en las relaciones entre los propios accionistas (igualdad denominada «externa»). Es precisamente la aplicación del principio de igualdad a las relaciones externas la que se presenta como controvertida.

Este es el sentido que ha de guardarse igualmente por lo que se refiere a la discrepancia aparente que existe entre la posición del Tribunal de Justicia y la solución acogida por el legislador español con ocasión de la adopción de la Ley 3/2009, de modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en particular su artículo 50bis. Se trataría, en efecto, de una mera apariencia, puesto que los supuestos de los que parten la sentencia Audiolux y el art. 50 bis LSA son distintos. La primera analiza la exigencia de esa paridad de trato en las relaciones entre accionistas. Se trataba de exigir a quien ha comprado a un accionista significativo su participación a un determinado precio, que extienda idéntica oferta a los demás accionistas. Por el contrario, el art. 50 bis LSA analiza un deber de la propia sociedad, que deberá traducirse en los acuerdos correspondientes que, afectando a accionistas que se encuentren en condiciones idénticas, deberán ofrecerles un mismo trato.

JAVIER MEGÍAS LÓPEZ

MESA REDONDA “ABUSE OF MINORITY SHAREHOLDERS”

Me corresponde, como moderadora de la Mesa Redonda celebrada el miércoles, 26 de septiembre de 2012 con ocasión del X Congreso Harvard-Complutense que tuvo lugar la última semana de septiembre de 2012 en la Facultad de Derecho de Harvard (Massachussets), dar cuenta de sus principales contenidos.

La temática de las intervenciones, tras la ponencia de la prof^a. Juana PULGAR EZQUERRA (“*Abuse by the minority shareholders*”) giró en torno a

los derechos de la minoría y los conflictos de interés de los socios minoritarios en los procesos de reestructuración empresarial y en el marco del procedimiento concursal. Las intervenciones de los profesores MEGÍAS LÓPEZ, MUÑOZ GARCÍA, FRADEJAS RUEDA y del Magistrado-Juez de lo Mercantil SENENT MARTÍNEZ tuvieron un planteamiento problemático e innovador, como no puede ser de otra manera en este tipo de seminarios propios de la *Academia*, de una institución científica –en este caso la *Harvard Law School*– en la cual los hombres de ciencia se congregan para la mutua comunicación y comentario de sus hallazgos (F. Schleiermacher).

Alfredo MUÑOZ, ante la pregunta de si existe un deber de fidelidad que vincule a los socios minoritarios a la reestructuración societaria acordada por la mayoría (*“Duties of cooperation partners and/or creditors in corporate restructuring scenarios and case law on the duty of loyalty of the minority shareholder in the reorganization”*), considera necesaria una expresa inclusión legal o una adopción voluntaria del mismo, bien vía prestación accesorias, bien a través de los correspondientes pactos con la sociedad. Afirmar lo contrario sitúa al minoritario ya no sólo al albur de las decisiones adoptadas en la junta general por la mayoría, sino al margen del abrigo que el legislador expresamente le reconoce en los supuestos más relevantes como aquellas modificaciones estructurales que sufra la sociedad, a la que se adhirió inicialmente, y en las que se legitima su separación si manifiesta su disconformidad o no consiente (traslado del domicilio al extranjero, modificación sustancial del objeto social, la creación de prestaciones accesorias, etc). En la misma línea, la prof^a Olga FRADEJAS (*“Might the content of an insolvency agreement, on the Spanish model, affect the position of the partners? Might we negotiate a restructuration of capital?”*) consideró que no es trasladable al modelo español la solución adoptada en el Derecho alemán de enfrentar a los socios con la disyuntiva “saneamiento” (es decir, ampliación de capital) o “exclusión”, que se concreta en que los oponentes no están obligados a asumir y pagar nuevas participaciones, pero sí están obligados, sin embargo, a otorgar su consentimiento respecto al saneamiento, pudiendo los socios dispuestos a pagar excluir a la minoría disidente; máxime cuando la solución alemana se produce en un contexto de crisis empresarial, previo a la declaración de un procedimiento concursal, lo que vendría a suponer, hasta donde es posible, la aplicación de técnicas paraconcursoales.

Estas cuestiones enlazan con la noción de interés social que, como recuerda Javier MEGÍAS LÓPEZ en su intervención (*“Is the company’s interest a material limit to the freedom of action?”*), está formado por

intereses particulares de los socios, que se unifican a través de los acuerdos de los órganos. Pero también lo es que sólo componen el interés social y están amparados por él los intereses privados de los socios que puedan ser calificados como razonables en el contexto propio de la sociedad y las circunstancias del caso concreto: el interés social permite al socio una parcela de “egoísmo razonable” en la promoción de su interés propio; más allá de esa razonabilidad el interés particular se aparta del interés social y forma parte del llamado “interés extrasocial”. Una de las manifestaciones más evidentes del deber de fidelidad al interés social requiere de los socios el ejercicio del derecho de voto en la Junta teniendo en cuenta únicamente el interés de la sociedad; si se entiende el interés social como un límite al ejercicio del derecho de voto, con mayor razón constituye un límite para ejercer los demás derechos del socio, incluidos lógicamente los derechos de minoría. La cláusula general y abstracta del interés social integra los derechos y obligaciones del socio no previstos en concreto por la norma legal o contractual.

Por ello, debe admitirse un control sobre el cumplimiento por el socio de su deber de fidelidad en su comportamiento en la sociedad. Ahora bien, a falta de regulación societaria al respecto, parece que dicho control se arbitra a través de la institución general del abuso de derecho. Pero se trata de una medida poco operativa, como indica MEGÍAS LÓPEZ: la verificación de su infracción o cumplimiento es posible únicamente a posteriori, valorando si una conducta ya realizada es o no conforme al interés social atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Es un control, por tanto, que será correctivo y no preventivo.

Profundizando en esta última cuestión, el Magistrado SENENT MARTÍNEZ se pregunta si es posible imponer al socio minoritario, en supuestos de abuso, además de una sanción pecuniaria o de la eventual exclusión de la sociedad, la ejecución judicial del acuerdo no adoptado o rechazado (ampliación o reducción de capital o determinadas modificaciones estructurales), en los casos en los que los socios minoritarios pueden oponerse actuando como minoría de bloqueo, dadas las mayorías reforzadas que se requieren para la adopción de estas medidas (“Would it be possible to impose the abusing minority shareholder, in addition to a fine or possible exclusion, the judicial execution of the agreement not adopted or rejected?”, y “Analysis of possible conflicts between the interests of the partners, corporate interests in the restructuring and interests of the insolvency proceeding”). Como bien indica Senent, se ha admitido que la infracción del deber de fidelidad a través de un acto causante de un daño a la sociedad puede dar lugar a una indemnización de

daños y perjuicios a cargo de socio infractor. También es posible sancionar al socio con su exclusión de la sociedad, posibilidad que se amplía en caso de sociedades anónimas tras la última reforma de la LSC, ya que el art. 351 contempla ahora la posibilidad de establecer estatutariamente causas de exclusión para todas las sociedades de capital y no sólo para las de responsabilidad limitada. En cualquier caso, ambas soluciones operan *a posteriori*, cuando el acuerdo ya ha sido rechazado y el perjuicio ya se ha producido.

Lo que no se contempla expresamente en nuestro derecho (aunque sí ha dado lugar a decisiones judiciales en países de nuestro entorno, v. Sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 19/10/2009 o de la *Cour d'Appel* de Pau de 21/01/1991) es la posibilidad de ejecutar un acuerdo no adoptado como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho de voto por parte del socio minoritario.

La cuestión no tiene una fácil respuesta. En primer lugar porque nos encontramos ante un “no acuerdo” o un “acuerdo negativo” que no es susceptible de impugnación. Si la Junta no aprueba el acuerdo propuesto no se altera el “status quo”, ni se produce modificación alguna contra la que quepa reaccionar. Ciertamente, la junta ha manifestado su voluntad, pero no es fácil considerar esa decisión de no adoptar el acuerdo como un acuerdo social susceptible de impugnación. Lo que sí debería ser posible, en orden a proteger el interés social, es analizar cómo se ha conformado esa voluntad social impetrando el auxilio judicial a través de la oportuna demanda para que se declare, no la nulidad del acuerdo, pues ninguno hubo, sino el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte del socio minoritario. No se trata de que el juez, determine el interés social y se erija en gestor de la sociedad, sino que verifique si hay o no hay abuso de minoría, si ésta respeta en su actuación el interés social, si, en suma, hay conflicto entre el interés común y el interés particular del socio.

Ahora bien, constatada la existencia de un abuso de derecho, el efecto de tal declaración debiera ser la ejecución judicial del acuerdo no adoptado, pues la sanción al abuso de derecho debe ser la remoción de todos sus efectos, y la supresión en la formación de la voluntad social de ese comportamiento antisocial debería llevar aparejada necesariamente la adopción del acuerdo que se antoja favorable para el interés social. Ésa es la solución que se adopta en caso de abuso de mayoría y que supone la revocación de acuerdos mayoritariamente adoptados. No parece que el abuso de minoría deba tener un trato mejor, debiendo imponerse el acuerdo no adoptado. Como antecedente jurisprudencial de ésta, cita Senent la STS de 26/05/2005 referida, no obstante, a un supuesto de

rechazo de una propuesta de reparto de dividendos que se consideró adoptado en abuso de derecho por parte de la mayoría a favor de la minoría. En ese caso tampoco se adoptó acuerdo alguno por la Junta pues fue rechazada la propuesta y, sin embargo, declarado en sentencia el abuso, se acordó por el juez el reparto de dividendos.

Esta parece ser la solución que mejor se adecúa a la satisfacción del interés social, a la conservación y subsistencia de la sociedad, pues las demás que se ofrecen (indemnización de daños y perjuicios o exclusión del socio) si bien pueden ser complementarias o servir para prevenir comportamientos similares futuros, no podrán ser en la mayoría de los casos por si solas suficientes para garantizar el fin perseguido por el acuerdo no adoptado.

REYES PALÁ LAGUNA

**MESA REDONDA “DIRECTORS’, LIQUIDATORS’ AND MANAGERS’ LIABILITY
IN THE CONTEXT OF AN INSOLVENCY PROCEEDING WHERE THE DEBTOR
WAS DECLARED GUILTY”**

Las cuestiones que suscita el régimen de responsabilidad de Administradores, Liquidadores y Apoderados Generales en el concurso culpable de la persona jurídica, fue el tema en torno al cual se debatió en la Mesa Redonda, celebrada en el X Congreso Harvard-Complutense, el día 26 de septiembre de 2012. La exposición y análisis de todas y cada una de las cuestiones que el régimen de responsabilidad de Administradores, Liquidadores y Apoderados Generales plantean en el contexto de la Legislación concursal de 2003, introductora de dicho régimen de responsabilidad en nuestro ordenamiento, así como las modificaciones incorporadas a la misma, en particular, las llevadas a cabo por la Reforma de la Ley Concursal de 2011 (La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), fueron abordadas con gran precisión y profundidad en la conferencia titulada La responsabilidad de los Administradores, Liquidadores y Apoderados Generales en la declaración del concurso como culpable de la persona jurídica, (“Directors, liquidators and managers liability in the context of an insolvency proceeding where the debtor was declared guilty”), impartida por el Prof. Dr., Catedrático de Dº Mercantil de la Universidad de Valladolid, Don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ. Dicha conferencia dio paso al planteamiento de varios grupos de cuestiones en torno al análisis del régimen de responsabilidad apuntado, la interpretación jurisprudencial que del mismo se ha venido haciendo y el alcance de la reforma de 2011 para resolver o no

los problemas planteados en la aplicación de dicho régimen. En este sentido, la primera cuestión planteada aparecía referida al problema del modo en que el legislador español establece los presupuestos de calificación del concurso como culpable, cuestión suscitada por la Abogada y doctoranda de la UCM, Doña Blanca VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, quién debatió la cuestión de hasta qué punto los supuestos del art. 164.2 LC implican hechos objetivos de culpabilidad, no habiendo contribuido o agravado la insolvencia y cual haya de ser su relación con el art. 164.1 LC (“To what extent the assumptions of 164.2 LC involve objective facts of guilty, not having contributed to or aggravated the insolvency?. Relation with 164.1 LC”). Otra cuestión debatida por su gran trascendencia la constituyo el análisis del alcance de los términos legales “administradores o liquidadores de derecho o de hecho” (“Scope of the terms legal and "de facto" directors (or liquidators): determination of its existence”), a los efectos de determinar los sujetos imputables de la responsabilidad patrimonial en el concurso culpable de la persona jurídica, fue planteada por Doña Cristina GUERRERO TREVIJANO, Becaria adscrita al Departamento de Dº Mercantil, de la Facultad de Derecho, en la UCM. También fue objeto de debate y análisis la importante cuestión de la influencia que en la determinación de la naturaleza de la responsabilidad de Administradores, Liquidadores y Apoderados Generales, tiene la normativa contenida en el nuevo art. 172 *bis* de la L.C. (“Influence, on the nature of liability, of new art. 172 bis LC”), cuestión planteada y analizada por la Dra. Doña Lourdes GARNACHO CABANILLAS, profesora de Derecho Mercantil de Universidad Rey Juan Carlos. Junto a las anteriores cuestiones y vinculada, en concreto, a la reforma de la L.C. de 2011, se planteo la trascendencia de la modificación en el art. 172.3 L.C. que viene a señalar que las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia, que ha calificado el concurso como culpable, hayan de integrarse en la masa activa del concurso, en lugar de satisfacer directamente la parte pendiente de los créditos mediante el pago directo a los acreedores (“Significance of the fact that the amounts obtained in enforcement of the judgment shall be integrated into the active mass instead of satisfyng the creditors directly”), modificación importante que fue abordada por la Dra. Doña Carmen GALÁN LÓPEZ, profesora de Derecho Mercantil de la U.C.M. Para concluir las cuestiones que la conferencia generó, se planteo el importante problema del alcance de las previsiones de regulación contenidas en el art. 241 de la LSC y su relación con el procedimiento de insolvencia, así como las posibilidades de compatibilidad entre ambo regímenes y las consecuencias que de ello se derivan. (“Art. 241 LSC and insolvency proceeding: possibilities and consequences”) y sobre la necesidad de pronunciarse a este respecto ante

el silencio legal, como expuso en su intervención la Dra. Doña Olga FRADEJAS RUEDA, profesora de Derecho Mercantil de la U.C.M.

En la exposición realizada por los ponentes y en el debate suscitado al hilo de las cuestiones planteadas por ellos se puso de manifiesto las diversas problemáticas que dicho régimen de responsabilidad encierra y la necesidad de precisar su alcance en todas y cada una de las cuestiones afrontadas sin perder la visión de que estamos ante cuestiones todas ellas interrelacionadas. Desde la perspectiva de la calificación del concurso como culpable, la abogada, Doña Blanca VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, vino a exponer el alcance del sistema seguido por nuestro legislador al introducir una cláusula general que determina la culpabilidad del concurso (art. 164 L.C.) y que opera más como una cláusula de cierre y, a continuación, la enumeración de unos hechos cuya concurrencia determinará, en todo caso, la calificación del concurso como culpable –presunción *iuris et de iure* (art. 164.2 L.C.)-, y por tanto que no admite prueba en contrario, junto a la previsión del art. 165 L.C. que viene a enumerar tres hechos que conducirán a la calificación del concurso como culpable pero que admiten ser desvirtuados –presunción *iuris tantum*-, presumiéndose la existencia de dolo o culpa grave en la conducta. Señalando que, las presunciones contenidas en el artículo 165 LC no constituyen un tercer criterio de culpabilidad, sino que el Tribunal Supremo ha considerado que es una norma complementaria de la cláusula general (art. 164.1 LC). Por ello, la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal deberán acreditar los demás elementos de la culpabilidad: el Además, el legislador permite que el deudor y todo el que haya comparecido en la sección de calificación, invoque razones justificativas de la conducta reprochada para desvirtuar la presunción de dolo o culpa grave. El legislador no ha delimitado con detalle los hechos a los que anuda el efecto de la culpabilidad del concurso o de dolo o culpa grave en la conducta, por lo que ha dejado en manos de los Jueces de lo Mercantil y de la doctrina, la ardua tarea de concretar qué supuestos concretos se engloban en ellos.

Pero, respecto a la extensión subjetiva de la responsabilidad, la Ley 38/2011 ha venido a modificar esta cláusula en el sentido de incluir, de un lado, a los apoderados generales como sujetos que pueden afectar con su conducta a la calificación culpable del concurso y, de otro, delimita el alcance temporal de las personas cuya conducta pudiera determinar la culpabilidad del concurso. En este aspecto de la reforma, Doña Cristina GUERRERO TREVIJANO manifestó que, respecto a la modificación del ámbito temporal, al hacer responsables a los que hubieran tenido cargos en las

personas jurídicas en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, ha sido criticado por parte de la doctrina que no está de acuerdo en limitar la responsabilidad de los administradores o liquidadores a los dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso y defienden el plazo general de prescripción de las acciones contra administradores o gerentes de sociedades previsto en el 949 C.Com, considera que, en todo caso, parece que el legislador ha establecido un plazo distinto al general de las acciones societarias de responsabilidad precisamente por las especialidades del tipo, puesto que la responsabilidad concursal se configura como sistema de reintegración de la masa activa optando, en consecuencia, por el plazo de dos años previsto para las acciones de reintegración de la masa activa (art.71 L.C.). Respecto de la extensión al apoderado general, a través de la reforma de la Ley Concursal, parece que el legislador ha venido a confirmar la posición jurisprudencial que admite la responsabilidad concursal del apoderado siempre y cuando se demuestre que el sujeto es en realidad quien gestiona y dirige la sociedad sin relación de subordinación respecto de los administradores. No obstante, la fórmula empleada por el legislador en la reforma puede plantear algunas dudas ya que habla de la responsabilidad concursal «de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, *o apoderados generales*, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación». También preciso, en su intervención, el concepto de Administrador o Liquidador de hecho, señalando que ciertamente dicho concepto está presente en distintos textos legales, aunque no existe una concreta definición de la figura, pero que en cambio, la jurisprudencia y doctrina han ido configurando de manera paulatina el concepto de *administrador de hecho* de manera que, actualmente, se entiende que es aquél que desempeña de manera efectiva su función mediante el control de hecho de la gestión social, bien ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva, bien llegando a sustituirles, ya actuando de manera oculta o en la sombra, ya mostrándose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal.

En conexión con el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la responsabilidad de los Administradores, Liquidadores y apoderados generales, se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad así configurada. Cuestión que ha suscitado un importante debate en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia, que, como expuso la profesora Lourdes GARNACHO CABANILLAS, ha fluctuado entre su calificación como una resarcitoria o indemnizatoria (por daños) o su

caracterización como una responsabilidad sanción (por deudas). Con la importante diferencia entre ambas teorías de que, mientras la responsabilidad por daños implica, además de la calificación del concurso como culpable, la prueba de la existencia de una relación causal entre las personas afectadas por dicha calificación (Administradores, Liquidadores o Apoderados Generales) y la generación o agravamiento de la insolvencia. En esta disyuntiva, si bien la jurisprudencia mayoritariamente ha mantenido la postura de interpretar que estábamos ante una responsabilidad concursal sancionadora, por la mera realización de los actos previstos por el legislador y que determinan la calificación de culpable el concurso, una tendencia del T. S. ha venido a apuntar la función resarcitoria de la acción concursal (sentencia de 6 de octubre de 2011), tendencia que ha sido objeto de una importante precisión en sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15^a), en sentencia de 23 de abril de 2012, al aclarar que, en el caso de la acción concursal de responsabilidad por concurso culpable, esta se configura con una función resarcitoria pero sin revestir ésta la naturaleza propiamente de una acción resarcitoria o por daños, dado que no se exige nexo causal entre los actos y el agravamiento de la insolvencia. En opinión de la profesora Lourdes GARNACHO CAVANILLAS, la responsabilidad concursal recogida en el art. 172 *bis* LC no deja de ser una medida resarcitoria, que no sancionadora, por no aplicarse inexcusablemente a todo administrador, liquidador o apoderado general de una persona jurídica concursada, y dejar en manos del juez del concurso una decisión al respecto

También se puso de manifiesto, por la profesora Carmen GALÁN LÓPEZ, que el nuevo régimen incorporado por la reforma de 2011, ofrecía un cambio sustancial respecto al hecho de que, no solo el juez había de determinar que administradores, liquidadores o apoderados generales eran responsable y en qué cuantía, sino que, la obligación de resarcir se establece ya respecto de la masa y no del derecho individual de los acreedores. Este cambio, que sigue las previsiones establecidas en otros ordenamientos, tiene especial importancia dado que, al integrarse esas cantidades en la masa del concurso estas servirán para satisfacer no solo a los acreedores concursales, cuyo crédito no haya sido cubierto en su totalidad, sino que permitirá que sean aplicadas a la satisfacción de los acreedores de la masa en la cuantía en que no lo hubieran sido y, además, con el carácter preferente que se les otorga por la Ley.

Finalmente, se planteo la cuestión relativa a la compatibilidad de la acción individual de responsabilidad prevista en el art. 241 de la LSC y el concurso, dado el silencio de la norma a este respecto. En este ámbito, la

profesora Olga FRADEJAS RUEDA, señalo que, ante el silencio legal, no se aprecia impedimento para seguir adelante con las acciones iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso, ni tampoco parece haberlo para su inicio tras la declaración del mismo, máxime teniendo en cuenta tres cosas: por un lado, que el éxito de la acción no repercute en la masa activa del concurso; en segundo lugar, que la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC sólo se desencadena por la concurrencia de 2 elementos: apertura de la fase de liquidación y calificación del concurso como culpable; y, por último, que la acción no se dirige contra la sociedad concursada, sino contra los administradores, que no están en concurso. Pero es que además, dada la diferencia que existe tanto en materia de presupuestos, como en cuanto a su finalidad, entre la responsabilidad concursal y la acción individual, cabe afirmar, aunque con las debidas cautelas –puede darse un supuesto de reclamación que dé lugar a un cobro extraconcursal de un crédito (concursal), burlando el concurso de acreedores- que no hay impedimento para su viabilidad. Pese a las distorsiones que se dan en la práctica, en tanto no haya pronunciamiento legal, dada la función específica de la acción individual, la acción se puede seguir ejerciendo al margen del concurso.

CARMEN GALÁN LÓPEZ

JUEVES 27 DE SEPTIEMBRE

MESA REDONDA “ADECUATE RESOLUTION SYSTEMS AT INTERNATIONAL COMMERCE DISPUTES”

Los fundamentos, caracterización y tendencias de los ADRs en el Derecho Mercantil fue el objeto y contenido general de la Mesa Redonda, celebrada en el X Congreso Harvard-Complutense, el día 27 de septiembre. El planteamiento general de los ADRs en la contratación internacional, con especial énfasis en el arbitraje, fue desarrollado ampliamente y en profundidad en la conferencia, titulada Sistemas de solución adecuada de las controversias en el comercio internacional, «Adequate resolution systems at internacional commerce disputes», impartida por el Notario del Ilustre Colegio de Registradores y Notarios, Fernando RODRÍGUEZ PRIETO. A continuación se plantearon varios grupos de cuestiones respecto de instituciones y aspectos concretos de los ADRs. De una parte, las causas de la inadecuación del método judicial para la resolución de conflictos en el comercio internacional, «The inadequacy of the judicial methods of

conflict resolution in international trade. Causes», suscitada por la Dra. M^a de la Sierra FLORES DOÑA, profesora de Derecho Mercantil de la UCM. De otra, la situación de las empresas españolas exportadoras y los costes de competitividad, «The situation in the exporting Spanish companies and competitiveness costs», impulsada por la Dra. Sagrario NAVARRO LÉRIDA, profesora de la UCLM, en la que se planteó la posibilidad «encontrar un modelo de arbitraje que ofrezca a los inversores extranjeros en empresas españolas un alto grado de seguridad, celeridad y de equidad en la solución de conflictos societarios». Los límites del arbitraje internacional en la UE «The limits of international arbitration in the EU: brief thoughts on the West Tankers judgment», fue el objeto de la cuestión planteada por el Dr. Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y las ventajas e inconvenientes de la Mediación comercial, constituyó la cuestión promovida por el Dr. Javier MARTÍNEZ ROSADO, profesor de Derecho Mercantil de la UCM, con el título «The commercial mediation: advantages and obstacles».

En la exposición realizada por los ponentes y en el debate suscitado al hilo de las cuestiones planteadas por ellos se puso de manifiesto, que el sistema alternativo de resolución de controversias entre las partes «Alternative Dispute Resolution, ADR», es el método ordinario en el comercio internacional frente al sistema judicial. En este sentido, el arbitraje y la mediación principalmente y, en menor medida, la conciliación, son instituciones clásicas en el comercio internacional. Entre los motivos que han impulsado el uso y expansión de los ADRs, éstos pueden agruparse en razones de carácter sociológico y de índole técnica. Entre las primeras, la desconfianza que para uno de los contratantes suele generar la resolución de la controversia por un Tribunal extranjero y ordinariamente próximo al correspondiente al fuero de la contraparte. Entre las razones técnicas se suelen indicar las posibles inadecuaciones al caso controvertido del ordenamiento jurídico aplicable, ya porque se trata de un contrato insuficientemente regulado a nivel interno, ya por la rigidez que supone el sometimiento de los Tribunales jurisdiccionales al sistema legal de fuentes.

Frente a estos inconvenientes, «los conflictos del comercio internacional requieren de métodos de resolución que sean: rápidos, seguros y previsibles, flexibles y adaptados a las necesidades de las empresas, especializados, eficaces y confidenciales.» (F. RODRÍGUEZ). Y la posibilidad técnica de estos métodos alternativos se sustenta en las exigencias de la realidad económica empresarial, en conexión con el principio universal de la autonomía de la voluntad contractual. En efecto, los ordenamientos jurídicos reconocen a las partes poder para dotar de sus propias reglas

desde el nacimiento hasta la terminación del contrato. Y de la misma manera, que los contratantes conforman el alcance y contenido material del contrato internacional (compraventa, transporte, ...), los propios interesados pueden elegir el mecanismo que consideren más adecuado y fiable para solucionar sus diferencias, de manera rápida y eficaz (M. S. Flores). La exigencias mencionadas «no los cumplen la mayoría de las jurisdicciones nacionales, que pueden o suelen ser: lentas, inseguras, no adaptadas a las necesidades de las empresas, no confidenciales, y favorecedoras de la ruptura definitiva de las relaciones entre las partes» (F. Rodríguez). A diferencia de este último, en el que la resolución del conflicto *inter-partes* se resuelve por un órgano jurisdiccional (juez, Tribunal), en el ADR se soluciona por la Resolución emitida por un tercero experto, en virtud del acuerdo previo entre las partes para solucionar sus diferencias.

Por consiguiente, el arbitraje, así como la mediación son instituciones clásicas en el comercio internacional, que ofrecen a los contratantes diversas vías para lograr sus pretensiones (cumplimiento del contrato, indemnización, entre otros) mediante un procedimiento de carácter extrajudicial más rápido y eficaz que el de carácter jurisdiccional. En este sentido, las partes participan activamente en el impulso del procedimiento, al acordar someter sus diferencias a un tercero externo a ambos. Asimismo, la resolución del árbitro, mediador o conciliador se acompaña de los cauces procesales adecuados para encontrar un acuerdo entre los contratantes, tanto a través del laudo que pone fin al arbitraje, como por el cauce del compromiso-aceptación de la decisión adoptada por el mediador (o el conciliador).

En el ámbito general del comercio internacional, el arbitraje «cumple mejor estos requisitos: especialización, flexibilidad, rapidez, confidencialidad, seguridad e imparcialidad. Pero se ha dudado de imparcialidad, se le reprocha la tendencia a aproximarse a jurisdicciones nacionales, y de no fomentar la cercanía de las partes. A pesar de ello, el boom del arbitraje internacional, con la creciente colaboración de los gobiernos se ha convertido en la verdadera jurisdicción para estos asuntos». Dentro del arbitraje, las legislaciones más elegidas son: «inglesa (40%), Nueva York (17%), Suiza (8%), Francesa(6%), y otras americanas (5%). Y en cuanto a las sedes, Londres se sitúa en el 30%, Ginebra en el 9%, Paris y Singapur en el 7%, y Nueva York en el 6%» (F. Rodríguez).

La consolidación y las ventajas del arbitraje en el comercio internacional explica la oportunidad de la propuesta de lege ferenda, a favor de

«convertir a España en un centro internacional de resolución extrajudicial de conflictos de carácter integral. En opinión de F. Rodríguez, España dispone de juristas de prestigio y calidad suficientes para ofrecer un producto global diferente con amplias posibilidades en el ámbito de latinoamerica». (F. RODRÍGUEZ).

En el plano de tendencias, la profesora S. NAVARRO planteó como hipótesis de trabajo el «encontrar un modelo de arbitraje que ofrezca a los inversores extranjeros en empresas españolas un alto grado de seguridad, celeridad y de equidad en la solución de conflictos societarios». La interacción entre el arbitraje societario y el Derecho de la Competencia debe abordarse a través de las fuentes internacionales, mediante la exploración de las posibilidades que ofrece al inversor extranjero el «arbitraje societario» en la Ley general de arbitraje, tras la Ley 11/2011, de 29 de mayo.

Por su parte, el Dr. J. I SIGNES DE MESA abordó la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el arbitraje internacional, haciendo referencia a la sentencia adoptada por el Tribunal de Justicia en el asunto Allianz SpA c. West Petroleros Inc. (C-185/07). En este contexto, se destacó la necesidad de reforzar las normas de autonomía del arbitraje internacional frente a la «judicialización ex post» de las disputas, a fin de evitar que la parte no satisfecha con la resolución adoptada en el laudo arbitral pueda acudir libremente a los tribunales nacionales mermando así la eficacia del arbitraje como medio resolución alternativa de conflictos. Lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece dar a entender que instrumentos tales como las denominadas anti-suit injunctions (éstas son, órdenes judiciales conminatorias que imponen la prohibición de litigar por la existencia de un convenio arbitral), que se encuentran en la base de consolidación del sistema inglés de arbitraje, son contrarias al Derecho de la Unión europea y, en particular, al reglamento nº 44/2001.

La mediación comercial constituye el segundo de los métodos de solución de conflictos utilizado en la contratación internacional, ya como figura complementaria o auxiliar al arbitraje o a un proceso jurisdiccional, ya como institución autónoma al arbitraje o a un procedimiento judicial. El profesor J. Martínez trató de las ventajas e inconvenientes que presenta la mediación. Entre las primeras destacó el hecho de que, a diferencia del arbitraje y de la solución judicial de un litigio, en la mediación no hay ni vencedores ni vencidos, pues ambas partes cooperan a la resolución del conflicto, lo que permite a las partes continuar sus relaciones familiares, de negocios, etc. con normalidad tras el procedimiento de mediación. También señaló otras ventajas, como la confidencialidad, o el hecho de

que, en Inglaterra, la parte que injustificadamente se niega a someter un litigio a mediación es condenado en costas. En el trabajo destaca el análisis de la Ley 5/2012, relativa a la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Junto al juego de la autonomía de la voluntad, el crecimiento del uso de los ADR en el comercio internacional está asociado al esfuerzo y labor realizadas por las organizaciones supranacionales extraestatales (UNCITRAL, UNIDROIT, Cámara de Comercio Internacional) y por la Unión Europea. En el caso del arbitraje, por ser éste último el procedimiento preferente contemplado en los Textos reguladores de la contratación internacional, (entre ellos, Principios de la contratación internacional UNIDROIT, de Derecho Europeo, MCR). En el supuesto de la mediación y de la conciliación, porque la resolución extrajudicial se contempla expresamente en textos específicos de ADR (entre ellos, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Por tanto, la preferencia del Sistema Alternativo para la resolución de controversias contractuales en el ámbito internacional respecto del Sistema Jurisdiccional permite a las partes enfrentadas solucionar su conflicto mediante un modelo que les ofrece más confianza, al tiempo que se desenvuelve en un procedimiento más flexible y con una participación más activa de los interesados. La elección contractual de estos mecanismos extrajudiciales para solucionar los conflictos inter-partes, junto con el esfuerzo intenso y continuado de las organizaciones supranacionales han contribuido al progresivo crecimiento del ADR y a la multiplicación de su tipología.

M^a DE LA SIERRA FLORES DOÑA