

Departamento de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense

**GOBIERNO CORPORATIVO
Y CRISIS EMPRESARIALES
(II SEMINARIO HARVARD-COMPLUTENSE
DE DERECHO MERCANTIL)**

**MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2005 BARCELONA**

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN.....	9

PRIMERA PARTE

LECCIÓN INTRODUCTORIA

LOS CAMBIOS EN EL GOBIERNO CORPORATIVO TRAS LA <i>SARBANES-OXLEY ACT</i>: UNA HISTORIA CON MORALEJA TAMBIÉN PARA EL LEGISLADOR , por Robert Charles CLARK.....	13
I. INTRODUCCIÓN.....	14
II. LOS CAMBIOS MÁS IMPORTANTES EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO: UNA VISIÓN GENERAL SISTEMATIZADORA Y UNA VALORACIÓN PRELIMINAR	18
1. Cambios relativos a la auditoría	19
1.1. Normas para la reducción de conflictos.....	19
a) Límites a los múltiples papeles desempeñados y servicios prestados por los auditores	20
b) Cambio en el poder para contratar y retribuir a los auditores externos	21
c) Reducción de los vínculos personales entre auditores y auditados	22
1.2. Normas inductoras de comportamientos activos.....	22
a) Exigencia de procesos de control internos	23
b) Conocimientos y experiencia financiera en los comités de auditoría	23
c) Un nuevo regulador del proceso de auditoría (PCAOB)	24
1.3. Reacciones preliminares.....	24

	<u>Pág.</u>
2. Cambios relacionados con el consejo de administración	25
2.1. Estándares para la reducción de los conflictos de interés.....	25
a) Mayoría de administradores independientes	25
b) Definición más estricta de la independencia	26
c) Los comités clave sólo pueden estar formados por indepen- dientes,	26
d) Las sociedades deben tener ciertos comités clave: auditoría, retribuciones y nombramiento	27
e) ¿Mayoría cualificada de consejeros independientes?.....	28
f) Presidentes del consejo independientes.....	28
g) Reuniones ejecutivas ordinarias	29
2.2. Criterios inductores de comportamientos activos	29
a) Conocimiento y práctica financiera.....	29
b) Límites en cuanto a la participación en diferentes consejos de administración al mismo tiempo (<i>over-boarding</i>).....	30
c) Titularidad de acciones por los consejeros.....	30
d) Principios de gobierno corporativo y códigos éticos	31
e) Autoevaluación	31
2.3. Reacciones preliminares.....	32
a) Apoyos racionales y (difusa) coherencia teórica.....	32
b) Escepticismo sobre los efectos beneficiosos	33
c) Costes de los cambios relativos al Consejo de Administración	33
d) Costes indirectos: ¿perjuicios para la función del consejo de administración?	34
3. Aumento de la transparencia y cambios en las normas de contabilidad	38
3.1. Normas que exigen obligaciones de transparencia diferentes, más amplias y más rápidas.....	38
a) Acuerdos fuera de balance.....	38
b) Políticas contables críticas.....	39
c) Contratos con sujetos vinculados	39
d) Exigencias de documentación urgente	39
e) Contabilización como gasto de las opciones sobre acciones (<i>stock options</i>).....	40
3.2. Normas inductoras de comportamientos activos.....	40
3.3. Reacciones preliminares.....	41
4. Fortalecimiento de los socios	41
III. EL VASTO TERRITORIO DE GOBIERNO CORPORATIVO INALTE- RADO: ¿UNA NUEVA FRONTERA O HÁBITAT PROTEGIDO?.....	43
IV. LA BÚSQUEDA DE LAS PRUEBAS. ¿SUPONEN LAS REFORMAS AUTÉNTICAS MEJORAS?.....	46
V. LA DIFICULTAD DE HACER BUENAS LEYES: ¿PODEMOS APOSTAR?	54

SEGUNDA PARTE

**DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SISTEMAS DE CONTROL
Y ALERTA PROPIOS DEL EMPRESARIO SOCIAL**

**REFLEXIONES ACERCA DEL PAPEL DE LOS CONTROLES EXTERNOS
SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LA SOCIEDAD COTIZADA Y EL DERECHO PREVENTIVO DE LAS CRISIS EMPRESARIALES,**
por Alejandro FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO 61

I. INTRODUCCIÓN 63

II. UN PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA INFORMATIVA Y SU RELEVANCIA PARA EL GOBIERNO CORPORATIVO..... 67

1. Introducción: génesis y evolución del principio..... 67

1.1. La “pugna de las filosofías” y el modelo de transparencia informativa..... 68

1.2. Críticas al modelo de transparencia informativa..... 68

 a) Estudios empíricos..... 69

 b) Las críticas de la Escuela de Chicago 70

1.3. Tesis “post-revisionista” 72

1.4. Recientes perspectivas desde el llamado *behavioral finance* 72

1.5. El sistema de transparencia informativa en el ordenamiento jurídico español 73

 a) Protección del inversor: la adopción de decisiones fundadas y racionales 73

 b) Eficiencia funcional de los mercados 74

 c) Control sobre la administración de la sociedad..... 75

 d) Posición de los acreedores, trabajadores y público en general.. 75

 e) Un nuevo enfoque del concepto de “transparencia informativa” en la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero 76

1.6. Conclusiones..... 78

2. Objetivos 79

3. Límites 80

III. GARANTÍAS DEL SISTEMA DE TRANSPARENCIA INFORMATIVA: CARENCIAS DE LOS SISTEMAS DE CONTROL INTERNO DE LA SOCIEDAD Y OTROS PROBLEMAS CONEXOS 80

1. Carencias de los sistemas de control interno de la sociedad..... 81

1.1. Limitaciones de la Junta general de accionistas 81

1.2. Limitaciones del Consejo de Administración y de sus Comisiones Delegadas 83

1.3. Conclusiones..... 84

2. Otras limitaciones del sistema de transparencia informativa 85

	<u>Pág.</u>
IV. LOS GARANTES DEL SISTEMA DE TRANSPARENCIA INFORMATIVA: CONCEPTO, CLASES Y LÍMITES	86
1. Concepto	86
2. Clases	87
3. Evolución doctrinal.....	88
3.1. Punto de partida: la tesis de la “intermediación en prestigio o reputación”.....	88
3.2. Estructura del sistema y “captura del regulador”: los garantes como costes derivados de la regulación.....	89
3.3. Conclusiones.....	90
4. Anomalías detectadas y justificación para la adopción de medidas de reforma.....	90
4.1. Origen de las anomalías detectadas.....	90
a) Relajación de la responsabilidad legal de los auditores y transformación de las actividades de las firmas auditoras en empresas de servicios multidisciplinares.....	91
b) Irracionalidad en una coyuntura de mercado alcista	92
4.2. Justificación de una intervención normativa y proyección de la misma sobre los sistemas de control externo	92
a) Sistema de responsabilidad.....	94
V. NUEVAS PERSPECTIVAS RESPECTO DEL PAPEL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS	94
1. Punto de partida	94
2. La caracterización de la función del auditor de cuentas en España.....	95
3. El reforzamiento de la independencia del auditor	96
4. Reforzamiento de los deberes públicos de control y alerta de los auditores de cuentas.....	97
5. Responsabilidad administrativa del auditor en España: un análisis de las resoluciones del ICAC y de la jurisprudencia contencioso-administrativa en la materia.....	99
5.1. Resoluciones sancionadoras del ICAC	99
5.2. Jurisprudencia contencioso-administrativa	100
6. Responsabilidad civil del auditor de cuentas	101
VI. LA FUNCIÓN DE LA BANCA DE INVERSIONES Y RESTANTES INTERMEDIARIOS FINANCIEROS.....	104
1. El papel de los intermediarios financieros en el proceso de formación de capital.....	104
1.1. Asesoramiento sobre el diseño de la oferta pública.....	105
1.2. Aseguramiento de la oferta pública.....	106
1.3. Actividades de comercialización.....	107
1.4. Conclusiones.....	107

	<u>Pág.</u>
2. Los intermediarios financieros como agentes de control externo de la sociedad.....	107
3. El problema de la responsabilidad de los intermediarios financieros	108
VII. EL PAPEL DE LOS ABOGADOS DE LA SOCIEDAD EMISORA: PARÁMETROS DEL DEBATE EN TORNO AL ALCANCE DE SU RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS	109
1. Papel del asesor jurídico externo de la sociedad cotizada en operaciones relacionadas con los mercados de valores.....	109
2. Análisis de posibles objeciones al papel de los asesores jurídicos externos como garantes.....	110
3. Alcance objetivo de las obligaciones del abogado externo como garante ..	110
3.1. Responsabilidad limitada por el contenido del folleto informativo.....	110
3.2. Deber de alerta al Consejo de Administración y obligaciones de colaboración con la Administración Pública.....	111
VIII. LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN Y SU PAPEL COMO GARANTES ...	112
1. Introducción	112
2. Funciones	113
3. Problemas del actual funcionamiento de las agencias de calificación....	114
3.1. Conflictos de interés.....	114
3.2. Obligaciones del emisor en materia de transparencia informativa...	114
3.3. Publicación de los informes de <i>rating</i> : “ventanas”.....	115
3.4. Ámbito de las responsabilidades legales.....	115
4. Conclusiones.....	116
IX. ASPECTOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL POTENCIALMENTE APLICABLES AL REFORZAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL EXTERNO DE LA SOCIEDAD COTIZADA: APUNTES PARA UNA PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA	117
1. Emisiones y ofertas públicas de valores: necesidad de reforzar las responsabilidades por el contenido del folleto informativo.....	117
2. Crisis de la empresa: el alcance de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal	119
2.1. Mecanismos de alerta preconcursal.....	119
2.2. Responsabilidad de los auditores	121
2.3. Postergación de créditos: subordinación de los créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado.....	122
2.4. Responsabilidad de los cómplices en las insolvencias culpables....	123
3. Deberes de alerta y colaboración con los organismos supervisores.	124
4. Deberes de información de los organismos supervisores y órganos judiciales a la sociedad cotizada	124
5. Deberes del Consejo de Administración de la sociedad cuando tuviera conocimiento de que el auditor de cuentas ha sido sancionado en vía administrativa o condenado en vía penal.....	125

	<u>Pág.</u>
6. Tratamiento dogmático de la responsabilidad civil de los <i>gatekeepers</i> ..	127
6.1. La responsabilidad legal basada en la tutela de las posiciones que generan confianza en el tráfico	127
6.2. Extensión de las categorías de coautoría.....	128
6.3. Hacia un modelo de responsabilidad objetiva para los garantes ..	128
X. CONCLUSIONES.....	129
ANEXO 1. CUADRO RELATIVO A LAS SANCIONES IMPUESTAS POR EL ICAC A AUDITORES DE CUENTAS (1994-2003)	132
ANEXO 2. NÚMERO DE AUDITORÍAS OBLIGATORIAS Y DESGLOSE POR FACTURACIÓN DE LA ENTIDAD AUDITADA (1999-2002).....	147
ANEXO 3. SANCIONES DEL ICAC (1999-2003).....	147
ANEXO 4. CUADRO DE SANCIONES DEL ICAC (1999-2003)	148
ANEXO 5. CUADRO RELATIVO A LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RECAÍDA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE AUDITORES DE CUENTAS (1994-2003).....	149
ANEXO 6. CUADRO RELATIVO A LAS SANCIONES Y SENTENCIAS CONTRA AUDITORES DE CUENTAS MÁS RELEVANTES (1994-2004) .	155
CRISIS EMPRESARIALES. LA FUNCIÓN DE LOS AUDITORES Y EL DEBER DE ALERTA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL , por Alfredo MUÑOZ GARCÍA.....	157
I. INTRODUCCIÓN.....	157
II. LAS SITUACIONES DE CRISIS EMPRESARIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	159
1. La situación de preconcursalidad de la sociedad	159
1.1. La información económico-financiera de la sociedad	160
1.2. Los deberes de los auditores en situación de incertidumbre sobre la continuidad de la empresa.....	161
a) La función del auditor de cuentas	161
b) El art. 209 LSA	162
c) El principio de empresa en funcionamiento.....	163
2. El presupuesto objetivo en las situaciones concursales	164
2.1. La insolvencia actual como supuesto de concursalidad.....	165
a) Los deberes de los administradores ante la insolvencia actual ..	166
b) Los deberes de los auditores en la situación de la insolvencia actual	167
2.2. La insolvencia inminente como supuesto preconcursal en sede de concurso.....	168

	<u>Pág.</u>
a) Los deberes de los administradores ante la insolvencia inminente	169
b) Los deberes de los auditores en situación de insolvencia inminente	169
III. CUESTIONES PARA UN DEBATE	170
IV. PROPUESTA NORMATIVA	173

EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE LA SOLICITUD DEL CONCURSO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. LA NECESIDAD DEL ACUERDO DE JUNTA GENERAL, por M.^ª Sagrario NAVARRO LÉRIDA	177
I. INTRODUCCIÓN	177
II. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	180
III. ENCUADRAMIENTO DE LA DECISIÓN DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL	182
1. El deber legal de solicitar el concurso <i>ex art. 5 LC</i>	182
2. ¿Deber o facultad? La relevancia de la distinción entre insolvencia inminente e insolvencia actual	185
IV. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA DISOLUCIÓN Y LA “ALTERACIÓN” DE LA COMPETENCIA SOBRE LA DECISIÓN DE SOLICITAR EL CONCURSO	186
1. El concurso como causa de disolución. La apertura de la fase de liquidación	186
2. La relación conceptual entre pérdidas cualificadas e insolvencia	187
3. El choque entre la regulación concursal y la societaria. La relación responsabilidad-deber	189
V. ¿POSIBILIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN CERRADA? CUESTIONES A RESOLVER	195
BIBLIOGRAFÍA	196

CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS Y PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE SOCIEDADES DE CAPITAL, por David PÉREZ MILLÁN	199
I. INTRODUCCIÓN	199
II. LAS PÉRDIDAS COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	200
1. Consideraciones generales	200
2. La configuración de las pérdidas como causa de disolución en la LSA y en la LSRL	201
2.1. Antecedentes de la disciplina en vigor	201

	<u>Pág.</u>
2.2. Delimitación de las pérdidas	202
a) Noción de pérdidas a efectos de disolución.....	202
b) Momento de apreciación de las pérdidas.....	203
III. LA INSOLVENCIA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES	204
1. Consideraciones generales.....	204
2. La configuración de la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso en la LC.....	205
2.1. Antecedentes de la nueva disciplina	205
2.2. La insolvencia actual.....	205
a) La imposibilidad de cumplir	205
b) La regularidad del cumplimiento.....	206
c) La exigibilidad de las obligaciones.....	206
2.3. La insolvencia inminente.....	207
2.4. El endeudamiento excesivo.....	207
IV. CONCLUSIONES.....	208

TERCERA PARTE

IMPLICACIONES SOCIETARIAS DEL CONCURSO

EL TRATAMIENTO DE LOS PRÉSTAMOS SUSTITUTIVOS DEL CAPITAL EN EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD PRESTATARIA , por Francisco Javier ARIAS VARONA	213
I. CUESTIONES PRELIMINARES.....	213
II. LOS PRÉSTAMOS SUSTITUTIVOS DEL CAPITAL COMO CRÉDITOS SUBORDINADOS EN CASO DE CONCURSO	219
1. Consideraciones previas de política jurídica	219
2. La subordinación de los préstamos sustitutivos del capital	223
3. Efectos derivados de la subordinación	229
III. PRÉSTAMOS SUSTITUTIVOS DEL CAPITAL Y ACCIONES RESCISORIAS.....	231
EL TRATAMIENTO DE LOS OBLIGACIONISTAS EN EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD COTIZADA , por Carmen GALÁN LÓPEZ	235
I. INTRODUCCIÓN.....	235
II. LA CONSIDERACIÓN DE LOS OBLIGACIONISTAS COMO GRUPO: LA SINDICACIÓN Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONCURSALES POR EL COMISARIO.....	237
1. La sindicación obligatoria y sus efectos en relación a los derechos concursales.....	237

	<u>Pág.</u>
2. El comisario como sujeto legitimado para el ejercicio de los derechos concursales	239
2.1. Solicitud del concurso	239
2.2. Facultades en la tramitación del concurso	242
a) Comunicación de los créditos	243
b) La representación en el Convenio o en la liquidación.....	245
III. EL PAGO ANTICIPADO Y LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN.....	247
IV. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS OBLIGACIONISTAS COMO ACREEDORES CONCURSALES Y LA FIJACIÓN DEL IMPORTE DE SUS CRÉDITOS.....	249
1. La clasificación de los obligacionistas como acreedores concursales	250
1.1. La emisión de obligaciones garantizadas.....	250
a) Las garantías reales	251
b) Los avales.....	251
c) Otras garantías.....	251
1.2. Las obligaciones no garantizadas.....	252
2. Fijación del importe de los créditos	252

EL CONCEPTO DE INTERÉS SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA, por Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN

255

I. INTRODUCCIÓN.....	255
1. Justificación y sentido del trabajo	255
2. Estado de la cuestión en los países anglosajones	256
2.1. La extensión judicial de los deberes de los administradores frente a los acreedores sociales.....	256
2.2. La normativa sobre <i>wrongful trading</i> (s. 214 IA de 1986)	257
2.3. Derecho de los Estados Unidos de América	259
a) Naturaleza jurídica	260
b) Contenido y justificación	261
c) La insolvencia como presupuesto para el nacimiento de los deberes.....	262
d) Efectos de la apertura de un proceso concursal.....	263
e) “Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corp.”: deberes fiduciarios en la proximidad a la insolvencia.....	265
II. ELEMENTOS PARA UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL.....	267
1. Introducción	267
2. Deberes de los administradores ante una situación de insolvencia “actual” o “inminente” de la sociedad.....	268

	<u>Pág.</u>
2.1. Deberes legales de promover la disolución o el concurso.....	268
2.2. Deber general de diligencia en el desempeño del cargo.....	269
a) Deberes objetivos de cuidado en relación con los acreedores de sociedades en crisis.....	270
b) Deberes de maximización del interés de los acreedores: el interés social como fin de la actividad gestora.....	270
III. CONCLUSIONES.....	274
LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES, por Blanca PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO.....	277
I. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES REGULADO EN EL ART. 172.3 DE LA LEY CONCURSAL.....	277
1. Supuesto.....	277
2. Presupuestos.....	279
3. Alcance subjetivo y objetivo de la responsabilidad.....	280
II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES REGULADA EN EL ART. 262.5 DE LA LSA.....	281
III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES EX ART. 172.3 DE LA LEY CONCURSAL Y SUS RELACIONES CON LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD.....	284

CUARTA PARTE

CONCURSO Y GRUPO DE SOCIEDADES

UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO Y A LA FUNCIONALIDAD DE LA FIGURA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES, por Mónica FUENTES NAHARRO.....	289
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	289
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA INSTITUCIÓN: DE LA APROXIMACIÓN FORMALISTA A LA APROXIMACIÓN FUNCIONAL.....	291
1. Una perspectiva de Derecho comparado.....	291
2. Aproximación a la evolución conceptual de la figura en nuestro ordenamiento.....	293
III. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA.....	297
1. Actividad propiamente de administración.....	297
2. Carácter sistemático o reiterado de la actividad.....	298
3. Ejercicio independiente de la actividad gestora.....	299

	<u>Pág.</u>
4. Consentimiento por parte de la sociedad de la actividad gestora	300
5. Modo de actuar del administrador de hecho	301
IV. LA PROBLEMÁTICA CALIFICACIÓN DEL ADMINISTRADOR INDIRECTO U OCULTO COMO ADMINISTRADOR DE HECHO	301
1. ¿Administración directa vs. administración indirecta? o ¿administración aparente vs. administración oculta?	301
2. La ¿distinta? naturaleza de la responsabilidad del administrador que actúa de hecho en forma aparente y en forma oculta.....	304
2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador de hecho <i>ex art.</i> 133.2 LSA.....	304
2.2. La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad del administrador oculto	306
3. Una vía de solución: el recurso a la funcionalidad de la doctrina	307
V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA LIMITADA APLICACIÓN DE LA FIGURA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES ...	308
LOS GRUPOS DEPENDIENTES DE ENTIDADES DE CRÉDITO: UNA REVISIÓN A PARTIR DE LA LEY CONCURSAL , por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE	311
I. JUSTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA	311
1. La situación de partida.....	311
2. Justificación de los grupos bancarios: pros y contras para la entidad de crédito	314
3. El tratamiento legislativo de los grupos bancarios.....	316
4. Mercados de valores y conflictos de interés en el seno del grupo y frente a terceros	317
5. La incidencia de la Ley Concursal	318
II. EL PODER DE LOS BANCOS Y EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES	318
1. Los administradores de origen bancario y sus incompatibilidades	318
2. El depósito de acciones.....	320
3. El poder derivado de la inversión colectiva	321
4. El caso Inverban	323
III. LA CONDUCTA DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA INFORMACIÓN PRECONCURSAL.....	325
1. Consideraciones generales a partir del deber de secreto	325
2. La reacción ante el previsible incumplimiento de obligaciones frente a la entidad de crédito dominante.....	327
2.1. Favorecimiento de la entidad dominante por medio de actos perjudiciales a la masa.....	327
2.2. La exigencia de nuevas aportaciones del accionista dominante.....	328
2.3. La responsabilidad de la entidad accionista por sus nuevas aportaciones	328
IV. PROBLEMAS CONCURSALES DEL GRUPO.....	330

QUINTA PARTE

SOLUCIONES AL CONCURSO Y NORMAS SOCIETARIAS

CONVENIO CONCURSAL Y REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA (TEMARIO PARA UN DEBATE) , por María de la SIERRA FLORES DOÑA	337
I. CASO “IDURGO, SA, CUBIERTOS GERNIKA, SAL & COMERCIAL CUBERTERÍA Y MENAJE IDURGO, SL”. (STS, DE 25 DE FEBRERO DE 2002 —RJ2002\6.235—) 1	338
1. Antecedentes: extinción de Sociedad Anónima en quiebra y constitución de dos sociedades por antiguos trabajadores de la extinguida.	338
2. Controversia: ¿existencia o no de sucesión empresarial de la sociedad quebrada extinguida <i>Idurgo</i> por las sucesivamente creadas por otros trabajadores <i>Cubiertos Gernika & Cubertería Menaje Idurgo</i> ?	338
2.1. Tribunal de Primera Instancia: existencia de sucesión de empresa y responsabilidad solidaria de las sociedades creadas por las indemnizaciones reclamadas	339
2.2. Posición del Tribunal Supremo: inexistencia de sucesión de empresa y exclusión de responsabilidad de las sociedades sucesivamente creadas.....	340
3. La prioritaria supervivencia de la empresa quebrada en la insolvencia..	343
II. IDURGO ANTE LA LEY CONCURSAL 22/2003	344
1. La operación <i>Idurgo, SA</i> , como modalidad de Convenio “reorganizativo”, de “continuación” o de “reestructuración”	344
1.1. Validez y licitud del Convenio de reestructuración social, con extinción colectiva de los contratos de trabajo	344
1.2. Referencias a la autonomía de la voluntad concursal. En particular, el límite infranqueable de la “continuidad de la empresa, en su significación objetiva o patrimonial”	347
2. Directrices generales de régimen jurídico intersectorial en general y en el caso <i>Idurgo, SA</i> en particular.	353
2.1. Sustanciación de la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el procedimiento concursal	354
2.2. Simplificación de la reestructuración de <i>Idurgo, SA</i> en <i>Gernika, SAL & Comercial Cubertería y Menaje Idurgo SL</i>	355
III. CONCLUSIONES.....	358
BIBLIOGRAFÍA.....	360
LA CONVERSIÓN DE CRÉDITOS EN ACCIONES O PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD CONCURSADA (ART. 100.2 L.C.) , por Raúl BERCOVITZ ÁLVAREZ	365
I. EL ART. 100.2 DE LA LEY CONCURSAL. CUESTIONES GENERALES...	366

	<u>Pág.</u>
II. AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE APORTACIÓN DE CRÉDITOS.....	367
1. Cuestiones generales: aportación de créditos a la SA y SRL.....	367
1.1. Aportación no dineraria.....	367
1.2. Régimen de responsabilidad del aportante de créditos.....	369
2. Requisitos del aumento mediante compensación de créditos contra la sociedad.....	370
2.1. Equivalencia de las prestaciones.....	370
2.2. Liquidez, vencimiento y exigibilidad de los créditos objeto de aportación.....	371
2.3. Comprobación de la existencia y cuantía de los créditos.....	372
III. EL CONTENIDO ALTERNATIVO DEL CONVENIO EN LA LEY CONCURSAL.....	373
1. La opción de conversión de créditos en capital.....	373
2. Créditos convertibles.....	376
2.1. Créditos no vencidos total o parcialmente.....	376
2.2. Créditos sometidos a condición resolutoria.....	378
2.3. Créditos sometidos a condición suspensiva y litigiosos.....	379
3. Elección por los acreedores entre las alternativas propuestas en el convenio.....	379
IV. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS.....	381
1. Entrada en minoría del acreedor en el capital social.....	381
2. Prohibición de emitir títulos por debajo de la par.....	382
3. Patrimonio inferior al capital social.....	383
3.1. Patrimonio inferior a dos tercios del capital.....	383
3.2. Patrimonio inferior a la mitad del capital.....	384
3.3. Restablecimiento del equilibrio entre patrimonio y capital social.....	385
4. Acreedores-socios.....	387
V. LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE AUMENTO DE CAPITAL EN CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO.....	388

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA CESIÓN GLOBAL EN LAS SOLUCIONES AL CONCURSO DE ACREEDORES , por Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ.....	391
I. PLANTEAMIENTO.....	391
II. CARACTERIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CESIÓN GLOBAL.....	392
III. LA CESIÓN GLOBAL EN LA FASE DEL CONVENIO.....	400
1. Delimitación legal del contenido del convenio.....	400

	<u>Pág.</u>
2. El tratamiento legal de ciertas operaciones que facilitan la continuidad de la actividad de la empresa en la solución del convenio y analogía con determinadas formas de cesión global.....	401
IV. LA CESIÓN LIQUIDATIVA EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN	407
1. La enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y unidades productivas en el plan de liquidación	409
2. La enajenación de explotaciones y unidades productivas en las reglas legales supletorias	410

SEXTA PARTE CONCURSO INTERNACIONAL

EL TRATAMIENTO DE LOS CONCURSOS CON ELEMENTO EXTRANJERO: PROBLEMAS GENERALES Y SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA COMO <i>LEX FORI CONCURSUS</i> , por Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA	415
I. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS	415
II. EL CONCURSO TRANSFRONTERIZO COMO PROBLEMA DE POLÍTICA Y DE TÉCNICA LEGISLATIVA	417
1. Cuestiones controvertidas	417
2. Directrices normativas básicas	424
III. MECANISMOS DE INAPLICACIÓN DE LA <i>LEX CONCURSUS</i> Y SU TRATAMIENTO EN DERECHO COMUNITARIO Y EN DERECHO ESPAÑOL.....	428
1. Derechos reales y reservas de dominio	430
2. Derechos del deudor sometidos a registro.....	432
3. Derecho sobre valores negociables anotados y sistemas de pago, compensación o mercados financieros	433
4. Compensación de créditos	434
5. Contratos sobre inmuebles y contratos de trabajo.....	435
6. Acciones de reintegración.....	437
7. Juicios declarativos pendientes.....	438
IV. RECONOCIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS EXTRANJEROS DE INSOLVENCIA.....	439
V. CONSIDERACIONES FINALES	441
ALGUNOS PROBLEMAS DE LA COORDINACIÓN EN LOS CONCURSOS TRANSNACIONALES DE INSOLVENCIA , por Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ	443
I. INTRODUCCIÓN.....	443
II. EL RECONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EXTRANJERO	444
1. Criterios de determinación de la competencia internacional.....	444

	<u>Pág.</u>
2. Efectos del reconocimiento de la resolución de apertura.....	448
3. Administrador o representante del procedimiento extranjero	450
III. PRESUPUESTOS DE LA COOPERACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS EXTRANJEROS.....	451

SÉPTIMA PARTE
OTRAS CUESTIONES

LA INHABILITACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONCURSO DE SOCIEDADES MERCANTILES , por Nuria FERNÁNDEZ PÉREZ	457
I. LAS IMPORTANTES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY CONCURSAL EN MATERIA DE CALIFICACIÓN: EN PARTICULAR, LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA CALIFICACIÓN A LOS EMPRESARIOS SOCIALES	458
II. EL NUEVO SIGNIFICADO DE LA INHABILITACIÓN	461
1. La inhabilitación como efecto anudado a la declaración de quiebra <i>versus</i> la inhabilitación como medida excepcional en caso de calificación del concurso como culpable	461
2. Presupuestos para la declaración de inhabilitación	470
III. DELIMITACIÓN SUBJETIVA: PERSONAS SOBRE LAS QUE PUEDE RECAER LA INHABILITACIÓN.....	475
1. El concursado.....	475
2. Otras personas afectadas por la calificación: especial referencia a los administradores de hecho	476
IV. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES	480
1. Consideraciones preliminares.....	480
2. La problemática aplicación del art. 13.2 CCo.....	481
3. Problemas derivados de la sustitución de los administradores/liquidadores de la sociedad concursada.....	485
3.1. Finalización mediante Convenio	486
3.2. Finalización del concurso mediante liquidación.....	487
CUENTAS ANUALES DE LA SOCIEDAD CONCURSADA E INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (ART. 75 DE LA LEY CONCURSAL) , por Carmen PASTOR SEMPERE.....	491
I. INTRODUCCIÓN.....	492
II. LOS INFORMES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	492

	<u>Pág.</u>
III. LAS CUENTAS ANUALES EN EL INFORME DEL ART. 75 DE LA LC	493
1. “Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria” presentadas por el concursado (75.1. 2.º)	495
1.1. Circunstancias relativas a las cuentas anuales de la sociedad concursada	503
a) Cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios	503
b) Memoria de cambios significativos	503
c) Inexistencia de cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración al concurso	504
d) Llevanza de la contabilidad del deudor una vez declarado el concurso	505
e) Cuentas anuales consolidadas	506
2. Exposición motivada acerca de la situación patrimonial y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso (art. 75.3 LC).....	508
2.1. Exposición motivada de la situación patrimonial	508
2.2. Circunstancias relevantes para la ulterior tramitación del concurso..	518

EL ACTIVISMO SOCIETARIO DE LOS PRINCIPALES INVERSORES INSTITUCIONALES: FONDOS DE INVERSIÓN Y FONDOS DE PENSIONES, por Alberto Javier TAPIA HERMIDA

523	
I. PRESENTACIÓN.....	524
II. LA EVOLUCIÓN RECIENTE DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN Y DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN ESPAÑA.....	526
III. EL MARCO REGULATORIO DEL ACTIVISMO SOCIETARIO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN Y DE LOS FONDOS DE PENSIONES	528
1. Derecho Comunitario.....	528
1.1. Normas	528
a) Los fondos de inversión	528
b) Los fondos de pensiones	528
1.2. Informes.....	529
a) El Informe Winter.....	529
b) La Comunicación de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003	530
c) El Informe del Grupo de expertos de valores de mayo de 2004 ..	530
2. Derecho español.....	531
2.1. Normas	531
a) Los fondos de inversión	531
b) Los fondos de pensiones	531

	<u>Pág.</u>
2.2. Informes.....	532
a) El Informe Olivencia.....	532
b) El Informe Aldama.....	532
IV. EL ACTIVISMO SOCIETARIO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN.....	533
1. La estructura jurídica de gestión de los fondos de inversión	533
a) Los partícipes	533
b) La sociedad gestora.....	533
c) El depositario.....	534
2. Las inversiones de los fondos de inversión en valores de renta variable ..	535
3. Las reglas de actuación de las sociedades gestoras (SGIIC) en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores de renta variable incluidos en el patrimonio de los fondos de inversión que administren	536
3.1. Las pautas tradicionales de comportamiento de los fondos de inversión en las sociedades cotizadas.....	536
3.2. La prohibición genérica de dominio de las sociedades cotizadas por parte de las sociedades gestoras (SGIIC) de fondos de inversión....	537
3.3. Las obligaciones que impone la nueva LIIC de 2003 a las sociedades gestoras (SGIIC) de los fondos de inversión	538
4. La responsabilidad de las SGIIC por incumplimiento de las reglas de actuación en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores de renta variable incluidos en el patrimonio de los fondos de inversión que administren	540
V. EL ACTIVISMO SOCIETARIO DE LOS FONDOS DE PENSIONES.....	541
1. La estructura jurídica de gestión de los fondos de pensiones	541
a) Los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones integrados	541
b) La entidad gestora	542
c) La entidad depositaria	542
2. Las inversiones de los fondos de pensiones en valores de renta variable	542
3. Las reglas de actuación de las Comisiones de Control y de las Entidades Gestoras en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores de renta variable incluidos en el patrimonio de los fondos de pensiones ...	544
4. La responsabilidad de las Comisiones de Control y de las Entidades Gestoras por incumplimiento de las reglas de actuación en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores de renta variable incluidos en el patrimonio de los fondos de pensiones	545
VI. CONCLUSIONES.....	546
LOS PATRIMONIOS Y FINANCIACIONES DESTINADAS A UN NEGOCIO ESPECÍFICO (ART. 2447 BIS Y SIG. DEL CODICE CIVILE), por Francesco TOTARO	549
I. INTRODUCCIÓN.....	549

	<u>Pág.</u>
II. LA DESTINACIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL INSTI- TUTO.....	555
1. Los patrimonios destinados en relación con el principio general de la responsabilidad patrimonial del deudor.....	555
2. La destinación: caracteres esenciales	557
3. La “dependencia subjetiva” de los patrimonios dedicados	559
4. La destinación exclusiva a un negocio específico.....	560
III. EL PATRIMONIO DESTINADO	561
1. La constitución del patrimonio destinado.....	561
1.1. El órgano competente	561
1.2. Límites cualitativos y cuantitativos del patrimonio	562
1.3. Contenido del acuerdo de constitución	563
2. Efectos.....	570
3. Forma, publicidad y patrimonio destinado in formación	572
4. Mecanismos de tutela de los acreedores.....	575
4.1. Invalidez del acuerdo de constitución	575
4.2. Oposición de los acreedores	578
4.3. ¿Ejercicio de la acción revocatoria?.....	580
5. La fase dinámica del negocio e imputación de los actos	584
IV. LA FINANCIACIÓN DESTINADA	590
1. Contenido del contrato.....	590
2. Fase constitutiva y condiciones de eficacia.....	594
3. Efectos del contrato	595
4. Quiebra de la sociedad.....	596
V. CONCLUSIONES.....	597
ANEXO.....	600

INTRODUCCIÓN

Este volumen recoge las contribuciones presentadas a la segunda edición del Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, que se celebró en mayo de 2004 en el seno de la Harvard Law School. Sirvan estas líneas para explicar al lector la génesis y finalidad de esa iniciativa, que cuenta ya con una cierta veteranía. Desde que se puso en marcha este Seminario, en marzo de 2003, los firmantes nos relevamos en la Dirección del Departamento de Derecho mercantil de la Universidad Complutense, compartiendo la convicción de que se trata de uno de los eventos más relevantes para la actividad del Departamento.

Nuestro Seminario tiene su origen en una ya lejana invitación del Rectorado de la Universidad Complutense a nuestro añorado compañero Rafael GARCÍA VILLAVERDE. Lo que entonces se nos ofreció fue la oportunidad de organizar en el seno del Real Colegio Complutense, en el campus de la Universidad de Harvard, alguna actividad investigadora que completara los programas de esta institución. Invitación que aceptamos de inmediato, pues advertimos que era una oportunidad extraordinaria para todos los miembros del Departamento, de entrar en contacto con una de las Universidades más prestigiosas del mundo, y en especial con su no menos renombrada Harvard Law School.

Quedó indicado que fue en marzo de 2003 cuando organizamos un primer Seminario. Entonces iniciamos la colaboración propuesta con el Real Colegio Complutense, privilegiada plataforma de nuestra Universidad en el *campus* de Cambridge y cuyo Director, el Profesor Ángel SAÉNZ BADILLOS, se convirtió desde el primer momento en uno de los imprescindibles apoyos de aquella y de las sucesivas ediciones de nuestro Seminario. Para muchos, la celebración de estos Seminarios se ha convertido en una oportunidad inmejorable de conocer el Real Colegio y sus actividades, como anfitrión de sucesivas generaciones

de investigadores y profesores españoles en su aproximación a la Universidad de Harvard.

No menos imprescindible ha sido la colaboración y el apoyo a lo largo de estos años del Profesor David KENNEDY (miembro del Patronato del RCC y Director del European Law Research Center), que ha actuado como nuestro enlace con la Harvard Law School y quien ha fomentado la participación en el Seminario de los más destacados Profesores de esa institución. A pesar de la distancia, la preparación y celebración de nuestros Seminarios se han visto siempre facilitadas por la diligencia que David KENNEDY ha sabido desplegar en todo momento.

El planteamiento del Seminario es sencillo: se trata de fomentar el encuentro entre los integrantes del Departamento de Derecho mercantil y los Profesores de la Harvard Law School, con el fin de discutir cuestiones de actualidad de nuestra disciplina. Ahora bien, desde la primera edición nuestro Departamento consideró que esta experiencia debía estar abierta también a la participación de compañeros de otras Universidades españolas, a quienes invitamos a participar en ella. También hemos tenido la oportunidad de contar con algunos asistentes pertenecientes a relevantes firmas de abogados.

En estos años, por razones notorias, la evolución de los mercados europeos y americanos y las consiguientes respuestas normativas han justificado el continuado tratamiento en nuestros Seminarios de temas propios del Derecho de sociedades y de su insolvencia. Tratamiento cuyo interés acrecienta la afinidad de los problemas y la constante aproximación de los ordenamientos respectivos.

Este libro se publica cuando ya se ha celebrado una nueva edición del Seminario (mayo de 2005), que también dará lugar a una posterior publicación que continuará la serie que aquí se inicia. Para ello hemos contado con la entusiasta acogida de la editorial Marcial Pons.

La organización de nuestro Seminario ha merecido el respaldo constante y generoso de nuestros patrocinadores: la Fundación ICO, Allen & Overy y Garrigues Abogados y Asesores Tributarios. Quede constancia de nuestro agradecimiento a todos.

Octubre de 2005

Profesores Carmen ALONSO
y Gaudencio ESTEBAN
*Departamento de Derecho mercantil
Universidad Complutense*