

GACETA JURIDICO EMPRESARIAL

REVISTA INFORMATIVA DE BUFETE JURÍDICO JOVER

GACETA Nº 11
OCTUBRE 2007

DIRECTOR: ALEJANDRO JOVER ANTONILES
E-MAIL: alejandrojover@icab.es



INDICE:

EDITORIAL: Pág. 2

- Quema de fotos y principio penal de "última ratio".

ACTUALIDAD: Pág. 3

AREA LABORAL: Pág. 7

- Descanso y prestación por paternidad.

ESTUDIO A FONDO: Pág. 9

- Concurso de las personas jurídicas y responsabilidad de los administradores sociales

EDITORIAL: Quema de fotos y principio penal de "Ultima Ratio".



En estas líneas quiero mostrar más total desacuerdo con el Ministerio Fiscal en sus actuaciones ante la quema de fotos del Rey.

Pese a lo grotesco de dichas acciones y la reprochabilidad de las mismas por ser atentatorias contra la dignidad de los miembros de la Corona, entiendo que no son suficientemente graves para que el Derecho Penal actúe.

En efecto, dentro de los principios que rigen el Derecho Penal encontramos el de "ultima ratio" o "principio de subsidiariedad", que significan que el Derecho Penal no debe sancionar aquellas conductas lesivas de poca importancia contra las que basten sanciones civiles o administrativas, sino que únicamente debe actuar contra las modalidades de ataque más peligrosas contra los bienes jurídicos que protegen.

Es cierto que de la literalidad del artículo 490.3 del Código Penal podría entenderse dicha conducta constitutiva del delito de injurias a la Corona, pero lo cierto es que dichos actos no son tan graves como para ser considerados delito.

En mi opinión debería realizarse una interpretación del precepto conforme al principio de subsidiariedad, tal y como ha hecho, la Audiencia Provincial de Barcelona en recientes sentencias en las que considera que la venta al menor de obras artísticas sin la autorización del titular de las mismas ("top manta") no es constitutiva de delito de la propiedad intelectual, pese a que de la literalidad del precepto así podría entenderse (Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de febrero de 2.006).

Realmente espero que la lógica que no ha tenido el Ministerio Fiscal, la tengan los Jueces que entienden del asunto en la Audiencia Nacional, absolviendo a estos jóvenes, que son merecedores de una reprimenda o de la imposición de una sanción administrativa, pero no de la imposición de una pena.

ACTUALIDAD:

LA COMISIÓN EUROPEA INVESTIGA EL RÉGIMEN FISCAL ESPAÑOL PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.

La Comisión Europea ha iniciado una investigación formal con arreglo a las normas del Tratado CE sobre ayudas estatales acerca de una disposición de la Ley del Impuesto sobre Sociedades española que permite a las empresas de este país practicar deducciones fiscales cuando adquieren una participación en empresas no españolas. El régimen parece establecer una excepción al sistema fiscal general español. A la Comisión le preocupa que el régimen confiera una ventaja a las empresas españolas a la hora de adquirir empresas extranjeras con respecto a la adquisición de otras empresas españolas. El inicio de la investigación permite a los interesados formular observaciones sobre las medidas examinadas y no prejuzga la decisión definitiva de la Comisión.

La Comisión ha recibido varias preguntas de diputados del Parlamento Europeo, así como denuncias formales que sostienen que el régimen español es ilegal. Las preguntas parlamentarias se refieren sobre todo a la adquisición de compañías extranjeras por parte de empresas españolas, a saber, la compra de O2 por Telefónica y de Scottish Power por Iberdrola, y las ofertas de Sacyr, Abertis y Cintra para la concesión de las autopistas en Francia.

La evaluación inicial de la Comisión ha suscitado dudas en torno a si las empresas españolas que adquieran empresas extranjeras obtendrían una ventaja selectiva, lo que podría falsear la competencia. Además, la Comisión teme que el régimen incite al establecimiento en España de sociedades de cartera internacionales, al tiempo que excluye de su ámbito de aplicación la creación de grupos nacionales.

LA SEGURIDAD SOCIAL BONIFICARÁ EL CAMBIO EN EL PUESTO DE TRABAJO POR RIESGO PARA EL EMBARAZO O LA LACTANCIA EN SUPUESTOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.

Los empresarios podrán reducir un 50% su aportación en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, cuando las mujeres por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural cambien de puesto de trabajo en la empresa. Esta bonificación, establecida en la disposición adicional quinta de los Presupuestos del Estado para 2008, refuerza el derecho de las mujeres al cambio del puesto de trabajo o al desarrollo de una función diferente en los casos citados para proteger su salud o la de sus hijos, establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

Los Presupuestos de 2008 prevén la misma bonificación en el supuesto de enfermedad profesional, en los términos y condiciones que se desarrollen reglamentariamente, cuando se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado del trabajador.

En el caso de los trabajadores afectados por una enfermedad profesional, la bonificación persigue que el trabajador pueda cambiar de puesto de trabajo en los primeros estadios en que se detecta la enfermedad, sin que la falta de protección social le obligue a continuar en el mismo hasta llegar a la incapacidad. La falta de protección social a las situaciones de enfermedad profesional en las que la afección es sólo parcial ha sido objeto de frecuentes críticas tanto de trabajadores como de empresarios, porque a su juicio condena a los trabajadores a mantener la exposición al riesgo, dado que sólo cuando el progreso de la enfermedad impedía trabajar se contaba con ayudas económicas de la Seguridad Social.

LA SEGURIDAD SOCIAL REVISARÁ TODOS LOS EXPEDIENTES DE PRESTACIONES POR ENFERMEDAD COMÚN DECLARADOS POR LAS MUTUAS

Según lo dispuesto en una Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, se revisarán por parte de ésta todos los expedientes en materia de prestaciones por incapacidad temporal y muerte y supervivencia tramitados por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que se resuelvan como derivados de contingencias comunes cuando haya indicios de la existencia de una enfermedad.

Sin duda en esta decisión ha influido el hecho de que entre enero y agosto del presente año, el Instituto Nacional de la Seguridad Social modificó, a solicitud de los trabajadores, la decisión de las mutuas en un 40 por ciento de los expedientes por Incapacidad Temporal, al considerar que lo que las mutuas declaraban una Incapacidad Temporal originada por una enfermedad común en realidad se trataba de una Incapacidad Temporal por contingencias profesionales.

EL ÍNDICE DE INCEDENCIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO ALCANZA EL NIVEL MÁS BAJO EN 21 AÑOS

El índice de incidencia, es decir el número de accidentes de trabajo por cada 100.000 trabajadores, se ha situado durante el periodo comprendido entre julio de 2006 y junio de 2007 en 5.785, lo que supone el nivel más bajo desde 1986.

En comparación con el periodo comprendido entre julio 2005 y junio 2006, el índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja médica ha descendido

en un 5,3%, con bajadas aún mayores en los sectores de construcción y servicios, sectores en los que han descendido a más del 6%.

Por su parte, el número de accidentes con resultado de muerte han disminuido en este periodo en un 7,7%, lo que supone que, a pesar de los 897 trabajadores fallecidos, se han registrado 75 accidentes mortales menos que en el periodo interanual anterior.

Los descensos más importantes se han dado en servicios (-13,7%), industria (-11,5%) y agricultura (-9,1%), mientras se han incrementando en 3,8% en construcción.

Los datos ofrecidos por el INSHT, muestran que se continúa avanzando en prevención de los accidentes laborales, quedando de manifiesto la utilidad de las políticas de fomento de la prevención que se vienen desarrollando tanto desde los poderes públicos, de ámbito nacional y autonómico como, principalmente, desde las propias empresas y trabajadores.

No obstante, pese a su mejora, el índice de incidencia es aún muy alto y por ello la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo elaborada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y acordada con agentes sociales y comunidades autónomas, detalla y compromete un conjunto de medidas para que en el plazo de cinco años la siniestralidad en España disminuya hasta el nivel del resto de los países europeos.

FIRMADO UN PROTOCOLO PARA FOMENTAR LA LUCHA CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL.

Los ministros del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el presidente del Consejo General del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado han suscrito un protocolo cuyo objetivo es fomentar la lucha contra la siniestralidad laboral.

La finalidad perseguida por dicho protocolo es establecer mecanismos de cooperación para garantizar la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y para la ejecución de las sentencias condenatorias, proveyéndose las siguientes acciones:

- Agilizar la detección de los accidentes de trabajo graves y mejorar la coordinación de los agentes implicados en la investigación de los mismos.
- Facilitar la labor del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Instrucción para identificar desde el primer momento los supuestos penalmente relevantes.

- Fomentar la persecución penal de los delitos de riesgo por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.
- Mejorar la comunicación entre la Justicia y los órganos administrativos.
- Facilitar a los jueces y fiscales la investigación de la titularidad mercantil, a fin de evitar que los administradores de las empresas puedan eludir sus responsabilidades.

PUBLICADAS LAS FIESTAS LABORALES PARA EL AÑO 2008

El pasado 20 de octubre se publicó en el BOE la Resolución de 9 de octubre de 2.007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2.008.

Dicha Resolución dicta por la Dirección General de Trabajo una vez le han sido remitidas las relaciones de Fiestas Laborales por las diecisiete Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla.

Así, en Cataluña, habiendo sido establecido el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2.008 mediante la Orden TRE/197/2007, de 28 de mayo, se fijan los siguientes días festivos:

- 1 de enero (Año Nuevo).
- 21 de marzo (Viernes Santo).
- 24 de marzo (Lunes de Pascua).
- 1 de mayo (Día del Trabajador).
- 24 de junio (San Juan).
- 15 de agosto (Asunción de la Virgen).
- 11 de septiembre (Diada Nacional de Cataluña).
- 1 de noviembre (Todos los Santos).
- 6 de diciembre (La Inmaculada Concepción).
- 25 de diciembre (Navidad).
- 26 de diciembre (San Esteban).

Además de dichas fiestas, se establecerá, mediante una orden dictada por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, dos fiestas locales, a propuesta de los municipios respectivos.

NOTICIAS BREVES

- El IPC sube tres décimas en septiembre, situándose la inflación interanual en el 2,7 por ciento, siendo ésta la más alta del año.
- Entra en vigor la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo.
- El precio de las oficinas creció durante el primer semestre entre el 3,6 y el 17 por ciento en Madrid, y entre el 0,3 y el 5,6 por ciento en Barcelona.
- Las compañías constructoras y las inmobiliarias cotizadas cierran el ejercicio 2.006 con un endeudamiento conjunto de 111.000 millones de euros.
- La construcción de vivienda ha caído este año el 12 por ciento en Catalunya, siendo la primera vez desde el año 2.001 que la progresión es negativa.
- El Partido Popular presenta el primer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Suelo.

AREA LABORAL:

DESCANSO Y PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

1. Introducción.

La reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, con expresa invocación del artículo 14 de nuestra Constitución, que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, y el artículo 9.2 que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, prevé diversas modificaciones cuyo objeto es hacer efectivo el derecho de igualdad de trata y de oportunidades entre ambos sexos.

Para la efectividad de dicha igualdad, la Ley Orgánica 3/2007, modifica diversas normas, entre las que encontramos el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la

Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la Ley General de la Seguridad Social.

En esta última ley se establecen importantes reformas, destacando por su novedad la nueva prestación por paternidad, que la propia Ley Orgánica en su exposición de motivos califica como *“la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al tratarse de un derecho individual y exclusivo del padre que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento”*.

2. Descanso por paternidad.

Así, la Ley Orgánica 3/2007, en su Disposición Adicional 11ª, añade un nuevo artículo 48 bis al Estatuto de los Trabajadores, en el que se establece que *“en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d de esta Ley el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo (...)”*.

Esta suspensión del contrato de trabajo por paternidad sería independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad.

El trabajador que quiera ejercitar este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la fecha de decisión administrativa o judicial de acogimiento, y hasta que finalice el periodo de descanso por maternidad, cuya duración es de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

En todo caso, para ejercitar este derecho el trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

3. Prestación por paternidad.

Durante la referida suspensión por paternidad, el trabajador que haga ejercicio de tal derecho será beneficiario de la nueva prestación contributiva por paternidad, siempre que, estando en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social, acredite un periodo mínimo de cotización de 180 días, dentro de los últimos siete años inmediatamente anteriores a la fecha de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días durante su vida laboral.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, que será la que establece la ley para la incapacidad temporal, es decir, el resultado de dividir la base de cotización por contingencias

comunes del mes anterior al inicio de la suspensión del contrato por el número de días a que se refiera dicha cotización.

ESTUDIO A FONDO:

CONCURSO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

1. Introducción.

Pese a que la Ley Concursal (en adelante, LC) prevé un único procedimiento concursal aplicable a toda clase de deudores, sean empresario o no, y sean personas físicas o jurídicas, sí que establece ciertas especialidades del deudor persona jurídica sobre la base del modelo de las sociedades mercantiles, sobre todo las más frecuentes: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.

Entre dichas especialidades cabe destacar las siguientes:

- Se atribuye al órgano de administración o liquidación la legitimación para presentar la solicitud de declaración del concurso, sin exigir la aprobación previa, ni la ratificación posterior de la junta o asamblea de socios.
- Se admite la posibilidad de extender a los administradores o liquidadores del deudor las medidas cautelares de intervención de las comunicaciones, deber de residencia y entrada y registro de domicilio que el Juez puede acordar en cualquier estado del procedimiento.
- Se mantienen los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición, salvo en caso de apertura de la fase de liquidación, que supondrá el cese de los administradores o liquidadores y su sustitución por la administración concursal.
- Se otorga a la administración concursal la legitimación exclusiva para reclamar a los socios de la compañía deudora los dividendos pasivos y las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, así como para reclamar la responsabilidad de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales.
- Se califican como créditos subordinados, que ocupan la última posición en el orden de pago de los acreedores, aquellos de los que fuera titular una persona especialmente relacionada con el deudor persona jurídica.
- Se considera causa automática de disolución de las sociedades mercantiles la apertura de la fase de liquidación del concurso, y no la mera declaración del mismo.
- Se incluyen diversas referencias puntuales al concurso de personas jurídicas que forman parte de un grupo de empresas.

No obstante, la especialidad de mayor relevancia incorporada por la LC es la referida a la responsabilidad de los administradores sociales de las personas jurídicas. Concretamente, la LC introduce un nuevo supuesto de responsabilidad concursal en virtud del cual el Juez del concurso puede *“condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”*.

Dicho precepto plantea enormes dificultades de interpretación, sobretodo, por lo que se refiere a su coordinación con el régimen general de responsabilidad extraconcursal de los administradores de las sociedades de capital (anónima y de responsabilidad limitada).

En el aspecto práctico, la reforma operada por la LC supone un significativo endurecimiento de la responsabilidad de los administradores, quienes sin embargo se enfrentan a un nuevo régimen que no delimita con precisión sus deberes.

2. Régimen de responsabilidad concursal.

2.1. Presupuestos de la responsabilidad concursal.

El artículo 172 de la LC establece que *“si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban de la masa activa”*.

Una de las mayores problemáticas que presenta esta disposición es el de si la naturaleza de dicha responsabilidad es sancionadora o indemnizatoria.

Dicha cuestión presenta consecuencias prácticas puesto que de admitirse su naturaleza indemnizatoria, se exigiría el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad por daños:

- a) Una conducta ilícita de carácter doloso o culposo.
- b) Un daño.
- c) Una relación de causalidad entre la conducta y el daño.

En cambio, si llegásemos a la conclusión de que su naturaleza es sancionadora, se facilitaría enormemente la prueba de su existencia, ya que la concurrencia de una calificación del concurso culpable y la apertura de la fase de liquidación, determinaría de forma automática el nacimiento de tal responsabilidad.

De una interpretación sistemática de la LC, que sitúa este precepto en el marco de la calificación del concurso, parece más plausible entender que se trata de un supuesto de responsabilidad por daños, que exigiría la concurrencia de una conducta dolosa o culpable, consistente en la generación o agravamiento del estado de insolvencia; un daño, que se materializaría en la no satisfacción, total o parcial, de los créditos de los acreedores concursales en la liquidación; y finalmente una relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Además de estos requisitos, propios de la responsabilidad por daños, la imputación de responsabilidad a los administradores también exigiría la concurrencia de los dos presupuestos anteriormente mencionados: la calificación del concurso como culpable y la apertura de la fase de liquidación.

Resulta criticable este segundo presupuesto, dado que la aprobación judicial de un convenio exonerará a los administradores sociales de la responsabilidad concursal, que sólo rige cuando la calificación derive de la apertura de la fase de liquidación.

Dicha exoneración genera un efecto perverso pues desincentiva la consecución de un convenio, fomentando la liquidación del concurso, dado que los acreedores preferirán esta última solución a fin de dejar abierta la vía de responsabilidad a los administradores.

2.2. Sujetos responsables.

La LC establece un amplio abanico de sujetos responsables:

- Los administradores de derecho o de hecho.
- Los liquidadores, de derecho o de hecho.
- Quienes hubieren tenido la condición de administrador o liquidador, de derecho o de hecho dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

A diferencia del régimen societario de responsabilidad de los administradores, que únicamente es aplicable a las sociedades de capital (sociedad anónima, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones), el régimen concursal tiene un ámbito de aplicación más extenso, extendiéndose también a los administradores de cualquier deudor persona jurídica (sociedad colectiva, comanditaria simple, sociedades civiles, cooperativas, fundaciones y asociaciones).

La responsabilidad se extiende no solo a los administradores de derecho, sino también a los de hecho.

No obstante, no existe un concepto definido de administrador de hecho, ni doctrinal, ni jurisprudencial, ni legislativo, por lo que dicha figura es susceptible de ser interpretada de formas muy diversas. Así, si adoptamos una

interpretación restrictiva, nos referiríamos a al administrados sin título, o con título nulo o extinguido. En cambio, si adoptásemos una interpretación extensiva de la expresión “administrador de hecho” podría abarcar múltiples supuestos: los denominados administradores ocultos, los cargos de alta dirección, las personas físicas representantes de administradores que son personas jurídicas, los administradores de sociedades dominantes por actos realizados por las sociedades dominadas e incluso los socios que poseen el control de la sociedad.

2.3. Medida cautelar de embargo:

La LC garantiza la responsabilidad de los administradores estableciendo una medida cautelar de embargo.

Para que se produzca dicho embargo, la LC sólo exige que existan indicios de que el concurso se calificará como culpable y de que la masa activa será insuficiente para satisfacer todas las deudas.

La ley da una enorme discrecionalidad al Juez en cuanto a la fijación de la cuantía del embargo.

En todo caso, el embargo podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

3. La coordinación entre la responsabilidad concursal y la societaria.

La LC apenas aborda la cuestión de la coordinación de la responsabilidad concursal de los administradores con la responsabilidad extraconcursal recogida por la legislación societaria, limitándose a establecer lo siguiente:

“Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

Corresponderá al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la Sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado”.

Este precepto viene a admitir la compatibilidad de la responsabilidad concursal con la acción social de responsabilidad contra los administradores prevista en la Ley de Sociedades Anónimas. No obstante nada dice en cuanto a la acción de responsabilidad y a la responsabilidad por deudas, pues únicamente se refiere a las acciones de responsabilidad que asistan a la persona jurídica

frente a sus administradores, no a acciones de las que disponen socios y terceros a título individual.

Además, tampoco resuelve si la acción social y la responsabilidad concursal son regimenes alternativos o cumulativos y, en este último supuesto, si se hallan en una situación de igualdad entre sí o de jerarquía, aplicándose prioritariamente uno sobre el otro.

3.1. Acción social por daños:

La acción social de responsabilidad es la que aparece cuando el daño causado por los administradores afecta directamente a la sociedad. En dicho supuesto, la legitimación activa para el ejercicio de la acción corresponde, de forma principal a la sociedad, previo acuerdo de la Junta General y, en caso de no subsidiariamente, a los socios que representen al menos un 5 por ciento del capital social, así como los acreedores cuando la acción de responsabilidad no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio de la compañía resulte insuficiente para satisfacer sus créditos.

No obstante, la acción social de responsabilidad siempre debe ejercitarse en nombre y por cuenta de la sociedad, lo que significa que la indemnización revertirá a favor de la propia sociedad sea quien sea quien ha ejercitado la acción.

La LC, a la vez que reconoce implícitamente la compatibilidad de la acción social de responsabilidad y la responsabilidad concursal, establece ciertas especialidades en el régimen de la primera en caso de concurso.

En primer lugar, amplía la legitimación activa, reconociéndosela también a los administradores concursales. La legitimación de los administradores concursales es directa con respecto a la de los legitimados por la normativa societaria, de modo que no esta supeditada a la falta de su ejercicio por parte de estos.

Asimismo la LC atribuye a la competencia para conocer del ejercicio de la acción social de responsabilidad al Juez del concurso, con independencia de quien la ejercite.

El principal problema que se plantea con respecto a la acción social en caso de declaración de concurso es el de su coordinación con la responsabilidad concursal, al producirse un cierto solapamiento entre ambos regimenes de responsabilidad en la medida en que ambos tienen presupuestos parcialmente coincidentes, siendo su finalidad la de permitir una mejor satisfacción de los acreedores de la sociedad.

No obstante, la coordinación entre ambas responsabilidades podría estructurarse en el siguiente modo: La responsabilidad concursal y la acción social constituirían regimenes alternativos, siendo la responsabilidad concursal el régimen subsidiario en caso de que no ejercieran la acción social ni los administradores concursales, ni la sociedad, los socios o los acreedores

sociales. En tales supuestos, el Juez concursal, de oficio, podría imponer la responsabilidad concursal a los administradores sociales, siempre que se cumplieran los requisitos de dicha responsabilidad.

3.2. La acción individual de responsabilidad:

En una situación extraconcursal, el ejercicio por parte de determinados socios o terceros de la acción individual de responsabilidad, contra los administradores de la sociedad sólo afecta a las partes demandantes y demandadas, no afectando directamente a la propia sociedad ni a los restantes socios o terceros distintos de los que ejercitaron la acción.

No obstante, en una situación concursal se plantea un conflicto entre la acción individual de responsabilidad, que solo beneficiaría a los acreedores que la ejercitasen, y la acción social o la responsabilidad concursal, que operaría en beneficio de todos los acreedores.

Este conflicto debería resolverse aplicando el principio de igualdad entre los acreedores, considerándolas acciones cumulativas, no alternativas, teniendo preferencia la acción social y la responsabilidad concursal sobre la acción individual, de modo que la responsabilidad de los administradores frente a determinados socios o terceros sólo sería exigible una vez cubierta su responsabilidad frente a todos los acreedores.

En esta línea interpretativa se sitúa el Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2.005, que propugna y dispone la suspensión del ejercicio de la acción individual allí ejercitada hasta la conclusión del procedimiento concursal

De opinión contraria es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vizcaya de 29 de diciembre de 2.006, que establece la compatibilidad de ambas acciones, no existiendo ningún tipo de prioridad entre una y otra.

3.3. Responsabilidad por deudas:

La Ley de Sociedades Anónimas establece como causa de disolución de la sociedad el que *“las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social , a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”* y que *“responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día que la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”*

En múltiples ocasiones se ha afirmado que la responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad constituye un mecanismo preconcursal dirigido a prevenir la futura insolvencia de las compañías que

sufren pérdidas graves que sitúan su patrimonio por debajo de la mitad del capital social.

A la vista de la función preconcursal se había planteado la duda de si la solicitud de apertura de concurso eximía a los administradores de promover la disolución de la sociedad y, por tanto, de la correspondiente responsabilidad por deudas.

La LC establece que en caso de pérdidas graves de la sociedad, y a no ser que se aumente o reduzca el capital social en la medida suficiente para recuperar el equilibrio entre capital y patrimonio, la compañía incurrirá en causa de disolución *“siempre que no sea procedente solicitar la declaración del concurso conforme a lo dispuesto en la Ley concursal”*. Por tanto, si la compañía se encuentra en estado de insolvencia, aunque su patrimonio esté por debajo de la mitad del capital social, no incurre en causa de disolución, sino que debe proceder a solicitar la declaración del concurso.

No obstante, la LC no se pronuncia de manera clara acerca de si la petición de concurso exime a los administradores de la responsabilidad por deudas. Ante esta indefinición, parece que la solicitud de declaración de concurso no exoneraría a los administradores de este tipo de responsabilidad en los casos en los que aquéllos hubieran incumplido su obligación de promover la disolución de la sociedad.

Otra novedad introducida por la LC es la de equiparar la obligación de los administradores de las sociedades de capital de solicitar la declaración del concurso con la de promover la disolución de la sociedad, imponiendo en ambos casos como sanción la responsabilidad por las deudas de la sociedad.

En cuanto a la coordinación entre la responsabilidad por deudas y la responsabilidad concursal, deberíamos llegar a la misma conclusión que la expuesta para la coordinación de la responsabilidad concursal y la acción individual de responsabilidad, entendiendo que ambas son cumulativas teniendo prioridad la responsabilidad concursal sobre la responsabilidad por deudas.



BUFETE JURÍDICO JOVER

-Abogados-

c/ Bruc, 7 Ppal. 1ª 08010 Barcelona

Tel./Fax: 93 269 09 54

E-mail: alejandrojover@icab.es