

NOTA, APROBADA POR LA COMISIÓN JURÍDICA DE FTN EN SU REUNIÓN
DE 26.04.2021

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

J. Roca y C. Beretta
ROCA JUNYENT

I.	NORMATIVA APLICABLE	2
II.	RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL.....	2
I.	Deberes de los administradores	2
II.	Sujetos responsables:	2
III.	Presupuestos:	3
IV.	Consecuencias:	4
V.	Acciones de responsabilidad:	5
III.	RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO:.....	7
I.-	La responsabilidad solidaria:.....	8
II.-	La responsabilidad subsidiaria:.....	8
IV.	RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO LABORAL:.....	8
V.	RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO PENAL:	10
I.	Riesgos penales imputables a los Administradores.....	10
II.	Responsabilidad no incluida en el <i>numerus clausus</i> de delitos imputables a las personas jurídicas:	18
III.	Responsabilidad vinculada a las incluidas en <i>numerus clausus</i> de delitos imputables a las personas jurídicas:	19
IV.	Referencia a los supuestos de delitos especiales:	19
V.	Responsabilidad por los acuerdos adoptados en órganos colectivos:	20
VI.	Consecuencias civiles en caso de incumplimiento de los deberes del <i>Compliance</i> :	20

I. **NORMATIVA APLICABLE**

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "**LSC**").
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, "**CCom**").
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, "**Ley Concursal**").
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, "**Ley General Tributaria**").
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, "**Código Penal**").
-

II. **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL**

I. **Deberes de los administradores**

Los Administradores societarios responden del cumplimiento de los deberes que les corresponden en el ejercicio del cargo. La LSC impone a los Administradores que actúen con diligencia y lealtad a la sociedad, estableciendo en los artículos 225 y siguientes los deberes que les corresponden.

II. **Sujetos responsables:**

Toda persona que actúa como Administrador de la sociedad está sujeta al régimen de responsabilidad de los Administradores.

En este sentido, serán responsables tanto los Administradores "de derecho" (es decir, los que están inscritos en el Registro Mercantil como administradores de la sociedad, con cargo vigente), como los administradores "de hecho" (son aquellos que, sin ostentar formalmente el cargo de administrador, ejercen la función como si estuviesen legitimados para ello), y a quienes se hacen extensibles los deberes que la LSC impone a los Administradores de derecho.

No obstante, debe precisarse que no estarían incluidos en la categoría de administradores de hecho quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Es decir, la condición de administrador de hecho está fundamentalmente relacionada con el ejercicio efectivo de funciones de administración de la sociedad.

Dentro de la categoría de administradores "de hecho" pueden considerarse los siguientes supuestos (i) aquéllos en que no se ha producido propiamente el nombramiento por la sociedad de quienes actúan como administradores suyos; (ii) los administradores que habiendo sido nombrados ejercen el cargo cuando éste ya ha caducado, o cuando han sido nombrados de forma defectuosa; así como (iii) las personas físicas o jurídicas que indican a los administradores de la sociedad cómo tienen que actuar en cada situación.

III. Presupuestos:

La responsabilidad de los Administradores nace cuando, de forma intencionada o negligente, realizan un acto ilícito que causa un daño bien directamente a la sociedad, e indirectamente a los socios o a los terceros (por ejemplo, a los acreedores de la sociedad), o bien cuando lesionan directamente los intereses de los socios o terceros.

Para que un Administrador pueda ser considerado responsable deben concurrir los siguientes presupuestos:

- (i) que se produzca un acto u omisión del Administrador;
- (ii) que ese acto u omisión sea contrario a la Ley, a los estatutos de la sociedad o suponga un incumplimiento de los deberes derivados del cargo de Administrador;
- (iii) que ese acto u omisión cause un daño que sea real y evaluable económicamente, bien a la sociedad o bien a los intereses de los socios o de los terceros; el daño causado incluye tanto el daño emergente (disminución real y efectiva experimentada por el patrimonio) como el lucro cesante (beneficio que, con alta

probabilidad o casi certeza, el perjudicado hubiera dejado de obtener);

- (iv) que la conducta del Administrador sea intencionada o negligente (se presume, salvo prueba en contrario, que existe negligencia cuando el acto u omisión sea contrario a la Ley o a los estatutos de la sociedad); y
- (v) que el daño causado sea consecuencia del acto u omisión del Administrador, de manera que pueda relacionarse causalmente con su conducta (se excluyen los daños producidos por causas imprevisibles o que, siendo previsibles, no se pudieran evitar).

IV. Consecuencias:

Los demandantes pueden exigir la totalidad de la reparación del daño, demandando al Administrador o a todos los Administradores (en el caso de un Consejo de Administración) o eligiendo a alguno de ellos.

En el caso de hallarnos ante un Consejo de Administración, la responsabilidad de los miembros del Consejo es solidaria (artículo 237 LSC), sin perjuicio de que internamente puedan reclamarse con posterioridad responsabilidades.

Este principio de solidaridad tiene, sin embargo, una excepción: no serán responsables los Administradores que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.

Además, se contempla expresamente que no exonerará de responsabilidad a los Administradores ningún tipo de intervención de la Junta General en el acto o acuerdo lesivo, ni adoptándolo directamente, ni autorizándolo con carácter previo, ni ratificándolo *a posteriori* (artículo 236.2 LSC).

En suma, las principales consecuencias son las siguientes:

- La destitución de los Administradores: El acuerdo de la Junta General por el que se decide interponer una acción social de responsabilidad contra los Administradores supone la destitución automática y definitiva de los Administradores afectados, aunque se acabe desestimando judicialmente la demanda.
Sin embargo, en el caso que la acción social de responsabilidad se interponga por la minoría del capital social o por los acreedores de la sociedad, no se produce la destitución automática de los Administradores afectados, sin perjuicio de que se pueda solicitar el cese de los mismos en la Junta General por parte de los socios.

- Obligación de reparar el daño causado: La declaración de responsabilidad de los Administradores trae como consecuencia la obligación de éstos de reparar el daño causado mediante la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Además, en los casos de actuaciones contrarias al deber de lealtad de los Administradores, la LSC prevé que éstos deban restituir el enriquecimiento injusto derivado de su comportamiento ilícito (artículo 227.2 LSC).

V. Acciones de responsabilidad:

Las acciones de responsabilidad que se pueden ejercer son las siguientes:

i) Acción social de responsabilidad:

La acción social de responsabilidad (artículos 238 a 240 LSC) se configura como una acción de carácter indemnizatorio que pretende el resarcimiento de los daños directos que la sociedad haya sufrido como consecuencia del incumplimiento por parte de los Administradores de sus obligaciones.

La legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los Administradores se estructura en cascada y de forma subsidiaria entre la sociedad, sus socios y sus acreedores de la sociedad.

La acción prescribe a los cuatro (4) años a contar desde el día en que hubiera podido ejercerse (artículo 241 bis LSC), es decir,

desde que se tiene conocimiento de los hechos que permiten fundamentarlas.

ii) Acción individual de responsabilidad:

La responsabilidad de los Administradores no se agota en la acción social. La LSC (artículo 241) prevé una responsabilidad de los Administradores frente a los socios y terceros por el daño causado directamente en el patrimonio de éstos. En dicho caso, los socios y terceros perjudicados pueden ejercer una acción individual de responsabilidad contra los Administradores.

Esta acción individual trata de defender y restaurar el patrimonio individual de aquellas personas, socios o terceros, acreedores o no, que han visto lesionados directamente sus intereses, sufriendo daño en su propio patrimonio por la actuación de los Administradores de la sociedad.

La acción prescribe a los cuatro (4) años a contar desde el día en que hubiera podido ejercerse (artículo 241 bis LSC), es decir, desde que se tiene conocimiento de los hechos que permiten fundamentarlas.

iii) Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad de los Administradores:

Adicionalmente, se podrán ejercer las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los Administradores en violación de su deber de lealtad (artículo 232 LSC); así como la acción de enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (artículo 227.2 LSC).

iv) Acción de responsabilidad por deudas sociales:

La LSC impone a los Administradores una serie de deberes para iniciar el procedimiento de disolución de la sociedad cuando concurre alguna de las causas legales de disolución previstas en el artículo 363 LSC.

Al respecto, destacamos la recogida en el apartado e) de dicho artículo de la LSC: *“por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto 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 siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

En el caso de que los Administradores no cumplan con estos deberes, la LSC establece un régimen de responsabilidad en forma de sanción, con el fin de proteger los intereses generales, los intereses de los acreedores de la sociedad y la seguridad en el tráfico económico.

Los Administradores, si concurre una causa legal de disolución, tienen el deber de (a) convocar la Junta General en el plazo de dos (2) meses desde que existe esta causa para su remoción o para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución de la sociedad o, si fuera el caso, (b) solicitar el concurso de la sociedad (artículo 365 LSC).

La acción (artículo 949 CCom.) prescribe a los cuatro (4) años a contar desde que por cualquier motivo los Administradores cesaren en el ejercicio del cargo.

v) La responsabilidad en sede concursal:

Cuando los Administradores de forma intencionada o por culpa grave, causen o agraven la situación de insolvencia de la sociedad, el concurso se calificará como culpable. La ley establece un conjunto de presunciones, con diversa intensidad, sobre supuestos que son reveladores de esa conducta dolosa o gravemente negligente por los Administradores (entre otros, incumpliera de forma sustancial la llevanza de la contabilidad o se cometiera alguna irregularidad relevante, simular una situación patrimonial ficticia).

La calificación del concurso como culpable tiene graves consecuencias para los Administradores afectados, si se pronuncia en este sentido la sentencia de calificación. Su responsabilidad implicaría: (i) la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos (2) a quince (15) años; (ii) la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores de la sociedad; y, (iii). la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO:

De conformidad con lo establecido en la Ley General Tributaria los Administradores podrán responder personalmente de las obligaciones tributarias de la sociedad. Existen dos tipos de responsabilidad:

I.- La responsabilidad solidaria:

Se atribuye una responsabilidad de carácter solidario a los Administradores que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria (artículo 42.1 a) Ley General Tributaria).

En este sentido, los Administradores han de participar activamente en la comisión de la infracción, debiendo poder apreciarse en ese caso una conducta dolosa.

En los supuestos de anomalías sustanciales en la contabilidad, facturas falsas y personas interpuestas, por ejemplo, estaremos ante un claro supuesto de responsabilidad solidaria de los Administradores. Y ello porque dichas conductas presuponen inequívocos actos de voluntad que producen el resultado antijurídico de evitar o minorar la deuda tributaria de manera fraudulenta, lo que se traduce en una conducta activa de los Administradores en la comisión de tales infracciones tributarias.

II.- La responsabilidad subsidiaria:

La responsabilidad subsidiaria de los Administradores deriva de una conducta relevante con falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias (artículo 43.1.a) Ley General Tributaria).

A diferencia de la responsabilidad solidaria, en los casos de responsabilidad subsidiaria no ha de existir dicha conducta activa en la comisión de la infracción, sino simplemente culpa o negligencia por parte de los Administradores.

En la responsabilidad subsidiaria, por su parte, basta la simple negligencia o "*culpa in vigilando*" por parte de los Administradores.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO LABORAL:

En cuanto al ámbito laboral, debe destacarse primeramente que, en contraposición a otras disciplinas jurídicas, el Derecho del trabajo y la Seguridad

Social no regula, de forma específica, la forma de exigir responsabilidad a los administradores de las sociedades.

En este sentido, la previsión de múltiples responsabilidades en las que incurre el empresario y, en su caso el administrador, por incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral del medio de trabajo que sobre él pesan es una de las características de nuestro ordenamiento jurídico.

El administrador, en el desempeño de su cargo como representante y gestor de la sociedad, asume las mismas obligaciones que un empresario personal respecto a sus empleados en materia de contratación, derechos laborales, retribución, Seguridad Social, prevención, promoción, formación profesional, información etc.

El incumplimiento de las citadas obligaciones conlleva un conjunto de responsabilidades que abarca las de naturaleza administrativa, civil y penal, a las que se añaden las especiales de seguridad social que constituyen los recargos de prestaciones. Todas ellas tienen un punto común de partida constituido por el incumplimiento de las obligaciones de prevención que pesan sobre el empresario y/o administrador.

En este sentido, debe destacarse que las infracciones de excepcional gravedad a las normas de Seguridad y Salud en el trabajo entrañan una responsabilidad penal, al hallarse tipificadas como delitos en los artículos 311 y siguientes bajo la rúbrica "*Delitos contra los derechos de los trabajadores*", que podrán ser imputados tanto a los administradores de la compañía como a quienes ostenten un cargo de vigilancia o control.

En este sentido, el Código Penal tipifica un "delito de riesgo" contemplado, para dos versiones distintas, en los arts. 316 y 317. El primero sanciona, con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, a quienes "*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*". El segundo sanciona esa misma conducta con la pena inferior en grado si se comete mediando imprudencia grave.

El Código Penal actual no tipifica, pues, delito de lesiones específico en esta materia, si bien dicha ausencia puede cubrirse con el tipo genérico referido al delito de lesiones.

Por último, señalar que a los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo es aplicable, llegado el caso, la regla general del art. 318 del Código Penal, según el cual cuando los hechos descritos sean atribuidos a personas jurídicas “*se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*”.

V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO PENAL:

I. Riesgos penales imputables a los Administradores

El artículo 31 del Código Penal establece que los Administradores son responsables penalmente como posibles autores de los delitos que cometan actuando en el ejercicio de sus cargos.

Además, tras la reforma del Código Penal operada por las Leyes Orgánicas 5/2010 de 22 de junio y 1/2015 de 30 de marzo, se introdujo en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad de la persona jurídica (artículo 31 bis del Código Penal), de tal forma que cuando un Administrador comete un delito en beneficio de la sociedad, la responsabilidad penal del administrador se extiende de forma automática a la sociedad, salvo que exista un Programa de Compliance Penal como se explicará más adelante.

En términos generales, los principales riesgos penales imputables a los Administradores, sean o no imputables a las personas jurídicas, son:

- Delitos relacionados con la actividad societaria:
 - Delitos societarios: falsedad contable, abuso de mayoría, acuerdos lesivos, impedimentos a los derechos de información, gestión y control, y obstruccionismo a la supervisión o inspección en mercados sometidos a órgano regulador (artículos 290 a 297 Código Penal).
 - Delitos de falsedad documental, en documento privado, mercantil o público y uso en juicio de documento falso (artículos 390, 392 a 396 y 399 Código Penal).
- Delitos relativos al ámbito laboral (artículos 142, 152 y 311 a 318 Código Penal).

La infracción a las normas de prevención de riesgos laborales castigadas penalmente se encuentra recogido en los artículos 311 a 315 del Código

Penal, que establece una relación de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Concretamente, el artículo 316 del Código Penal establece un castigo específico para quienes infrinjan las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física. Esta conducta también se castiga cuando se comete por imprudencia grave.

El artículo 318 del Código Penal dice que cuando los hechos previstos en los artículos 311 a 317 del mismo cuerpo legal se atribuyan a persona jurídicas, se impondrá la pena señalada en cada uno de ellos a los administradores o encargados del servicio de prevención de riesgos laborales que hayan sido responsables de los mismos, así como a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos, se podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal.

En los delitos de riesgos laborales, nos encontramos ante un **delito de peligro concreto** en el que lo que se castiga es la puesta en peligro de la vida o salud de los trabajadores. El delito se consuma, por tanto, con la creación de un riesgo o peligro aunque no llegue a producirse un resultado lesivo (STS 1355/2000 de 26 de julio de 2000).

Se trata de un **delito de omisión**, en el que la conducta típica consiste en desatender el plan de prevención de riesgos laborales, bien por **no** facilitar al trabajador los medios necesarios para que trabaje con las medidas de seguridad e higiene adecuadas para el puesto que desempeña, o **no** formarle sobre seguridad e higiene.

Como ya hemos dicho, la conducta típica de este delito, en su modalidad dolosa, se describe en el artículo 316 del Código Penal que sanciona la creación de un peligro o riesgo grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores por no facilitar los medios necesarios a los mismos para proteger su seguridad laboral.

El delito del **artículo 316 del Código Penal**, requiere la concurrencia de cuatro requisitos necesarios:

- Una **conducta omisiva** consistente en **no facilitar los medios necesarios** para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene requeridas en la misma, ya sea de forma absoluta o se trate de una facilitación incompleta de los

mismos. Tales medios necesarios van referidos a las medidas exigibles e idóneas en relación a la actividad de que se trate y al riesgo que esa actividad comporte.

- La **obligación del empresario es una obligación de medios, no de resultado**, por lo tanto, el empresario cumplirá con su obligación poniendo todos los medios legales necesarios para que no se produzcan daños, aunque finalmente éstos lleguen a producirse. Por el contrario, incumplirá su obligación en caso de no cumplir alguna de las obligaciones específicas, incluso aunque no se produzca el daño.
- Que **se infrinjan las normas previstas en materia de prevención de riesgos laborales**. Para saber si nos encontramos ante un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo será preciso conocer las normas de prevención de riesgos laborales para determinar si han sido infringidas, presupuesto éste necesario del tipo delictivo del artículo 316 del Código Penal.
- Que, como consecuencia de todo ello, **se ponga en peligro grave, la vida, salud o integridad física de los trabajadores afectados**. El resultado de la conducta debe ser la creación de un peligro concreto, "peligro grave" para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, resultado que debe guardar relación de causalidad con la conducta omisiva, de modo que el peligro grave se habría evitado, o se habría podido evitar, si el empresario hubiera facilitado los medios necesarios para garantizar la seguridad e higiene de los trabajadores. Es preciso que la conducta omisiva se lleve a cabo con **dolo**, directo o eventual, consistente en la conciencia y voluntad de asumir la realización de una actividad laboral con omisión de la obligación de cubrir los riesgos para la seguridad de los trabajadores. Por lo tanto, el dolo exige que el sujeto activo tenga conocimiento de esa obligación del empresario. Será dolo directo cuando la conducta sea consecuencia de una decisión positiva, mientras que el dolo eventual concurrirá cuando el responsable se represente las consecuencias lesivas posibles de la omisión de tal obligación y a pesar de ello, asuma la realización de dicha actividad laboral en esas circunstancias.

El **artículo 317 del Código Penal** castiga la conducta típica descrita en el artículo 316 del mismo cuerpo legal realizada con imprudencia grave, es decir, es la omisión del deber de cuidado por ausencia de todas las previsiones exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores, pero sin conciencia de peligro (STS 1355/2000 de 26 de julio de 2000).

Basta con que se hayan infringido las normas de prevención de riesgos laborales, creándose un peligro concreto para la vida, salud o la integridad física de los trabajadores, para que nos encontremos ante un delito de los contemplados en los artículos 316 a 318 del Código Penal. No obstante, en el supuesto de que además de dicha infracción se produzca un resultado de muerte o lesión para la integridad física del trabajador, nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos contemplado en el artículo 77 del Código Penal (STS 2445/2001 de 22 de diciembre de 2001).

En cuanto a la aplicación del artículo 8.3 del Código Penal, conforme al cual el precepto más amplio absorbe al que castigue las infracciones consumidas en aquél, la doctrina jurisprudencial existente considera que el **delito de resultado del artículo 152 del Código Penal**, según su redacción dada tras la reforma del mismo en 2015, **no absorbe al delito de riesgo del artículo 317**. La jurisprudencia ha determinado que cuando el resultado lesivo es solo uno de los que se podría producir, existiendo peligro para otros trabajadores, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos (STS 22 de diciembre de 2001; STS 4 de junio de 2002; STS 25 de abril de 2005; SAP Pontevedra, Sección 2ª, de 8 de enero de 2008).

En el caso de concurrencia del delito contemplado en los artículos 316 a 318 del Código Penal con delitos de otra naturaleza, como estafa o falsedad documental, nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, contemplado en el artículo 73 del mismo cuerpo legal.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 1355/2000 de 26 de julio, Rec. 4716/1998), nos encontramos que:

- Cuando no se adoptó ningún tipo de medida de protección hay dolo (artículo 316 del Código Penal).
- Cuando lo que hubo fue insuficiencia de medidas de protección hay imprudencia (artículo 317 del Código Penal).
- El acaecimiento de un resultado de enfermedad es un dato más de que «se debió prever» y actuaría como concurso real del artículo 73 del Código Penal.

Cabe la coexistencia del régimen de responsabilidad penal de la persona física y de la persona jurídica, al no tratarse de responsabilidades excluyentes.

Para imputar un resultado al sujeto de la omisión (artículo 11 del Código Penal) es necesario que éste tenga la obligación de tratar de impedir la producción del mismo en virtud de determinados deberes cuyo

cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión (“especial deber jurídico del autor”).

La obligación convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado.

En palabras del Tribunal Supremo: *“La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso”* (STS 379/2011, de 19 de mayo).

El artículo 31 del Código Penal no consagra un principio de responsabilidad objetiva por razón del cargo, sino que es necesario probar la real participación en los hechos, la culpabilidad en relación con los mismos y que efectivamente se realizó la conducta típica.

En este sentido se pronuncia la **STS nº 467/2018, de 15 de octubre**: *“si se pretende exigir responsabilidad penal al director o administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además habrá de desarrollar una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que se le haya condenado, o dicho de otro modo, deberá realizar algún acto de ejecución material que contribuya al resultado típico. No se trata de una presunción de autoría que prescinde del art. 28 sino un complemento del mismo para aquellos supuestos en los que el tipo delictivo exige ciertos y especiales elementos de la autoría que concurran en la persona representada (persona física o jurídica) pero no en la del representante (persona física que actúa como representante de hecho o de derecho)”*.

En conclusión, los delitos contra los riesgos laborales, son delitos de peligro, lo que significa que no requieren de un resultado para que sean consumados, sino que basta con la puesta en peligro de la salud, la vida o la integridad física de los trabajadores. Para que se consuma el delito, tal y como recoge el Sr. Salvador del Rey Guanter en el libro **Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada**¹, se requiere la generación de un peligro grave y concreto para los bienes jurídicos objeto de protección, encontrándonos por ello ante un delito de los denominados de peligro / riesgo, y no de resultado.

¹ 1ª. Edición de septiembre de 2008, de la editorial La Ley.

Continúa diciendo el Sr. Salvador del Rey que *“lo anterior no quiere decir que no exista una respuesta penal ante la producción de un resultado, sino que la singularidad en materia de seguridad y salud laboral es precisamente la tipificación de un delito de riesgo, más allá de la respuesta jurídica ante los delitos de resultado, dado que cuando ese riesgo creado por un incumplimiento se materialice en una lesión para la vida, la integridad física o la salud de un trabajador, concurrirá además la responsabilidad penal tipificada en los delitos de homicidio o lesiones por imprudencia.*

*Esta regulación ha generado no pocas opiniones que consideran que nos encontramos ante un **tipo penal en blanco**. En el sentido de que para integrar la conducta punible habrá que acudir necesariamente a las normas reguladoras de las obligaciones y responsabilidades de los diferentes agentes que intervienen en la prevención de riesgos laborales.”*

La concurrencia de los delitos de peligro y los delitos de resultado viene determinada por ley en el supuesto de que además de haber infringido las normas de prevención de riesgos laborales, creándose un peligro concreto para la vida, salud o la integridad física de los trabajadores, se produzca un resultado de muerte o lesión para la integridad física del trabajador, encontrándonos en ese caso ante un concurso ideal de delitos. Es decir, que el delito de resultado no absorbe el delito de peligro, sino que se trata de un concurso ideal de delitos.

Tal y como cita el Sr. Salvador del Rey Guanter en el libro ***Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada***, siempre sería susceptible de ser sancionable penalmente todo accidente de trabajo al afectar a la vida, salud e integridad física de un trabajador. Sin embargo, *“la responsabilidad penal ha de concebirse como la respuesta más contundente que puede establecerse por un ordenamiento jurídico contra un incumplimiento (función ultima ratio)”*.

Con lo anterior se está diciendo que *“la responsabilidad penal no puede convertirse –ni de hecho, ni de derecho- en una respuesta habitual, común u ordinaria ante cualquier infracción de la normativa prevencionista, sino que ha de configurarse como una responsabilidad que debe actuar ante aquellas infracciones que sean especialmente graves”*.

Cuando la infracción cometida no sea especialmente grave, tendrá cabida en el ámbito administrativo, siendo tipificada y sancionada según la normativa de cada Comunidad Autónoma.

Previo a la reforma del Código Penal de 2015, éste ya contemplaba los delitos en materia de seguridad y salud laboral.

Derecho comparado²

1. Francia

Como sucede en otros ordenamientos jurídicos (Reino Unido, Alemania...), y a diferencia del caso español, en Francia el *ius puniendi* estatal, esto es, la potestad sancionadora de las infracciones cometidas por el empresario en materia de seguridad e higiene en el trabajo (como en la mayor parte de las infracciones en materia laboral), está atribuida esencialmente al derecho y jurisdicción penal, hasta el punto que solo excepcionalmente el Inspector de Trabajo puede imponer como tal una sanción, actuando normalmente como parte de la instrucción penal.

Se ha tipificado como delito el hecho de exponer directamente a otro a un riesgo inmediato de muerte o de lesiones que puedan implicar una mutilación o una dolencia permanente, en caso de violación manifiestamente deliberada de una obligación de seguridad o de prudencia impuesta por una Ley o Reglamento. **Se sanciona la mera exposición al riesgo, sin necesidad de que se produzca un daño o un accidente.** No obstante, la aplicación del tipo exige la existencia de un elemento intencional caracterizado.

El empresario es responsable penalmente de las infracciones de la normativa laboral cometidas por él mismo o por sus empleados. No obstante, salvo algún caso particular, no debe responder de los delitos intencionales cometidos por sus trabajadores en los que él no haya participado personalmente.

Con relación a la responsabilidad civil, en el ordenamiento jurídico francés se aplica el principio de *réparation forfaitaire*, o reparación tasada, según el cual en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la víctima o sus causahabientes no pueden ejercer ninguna acción tendente a una indemnización complementaria más allá del sistema de cobertura de la Seguridad Social. En cualquier caso, incumbe a la víctima o sus causahabientes la prueba de la conciencia empresarial del peligro al que estaba expuesto el trabajador y, que tenía o debería haber tenido el empresario, así como de la falta de adopción de las medidas de prevención necesarias.

2. Italia

Como hecho singular, si lo comparamos con la regulación española, en el ordenamiento jurídico-penal italiano se prevé una agravante para el

² Basado en lo manifestado en el libro *Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, del catedrático Sr. Salvador del Rey.

delito de homicidio o para el delito de lesiones culposas si la infracción penal se ha cometido con violación patente de la normativa en materia de seguridad y salud laboral.

Ambas hipótesis deben ser consideradas como delitos de resultado, es decir, el tipo previsto únicamente tiene lugar si acontece el resultado lesivo, aunque el comportamiento haya sido cronológicamente precedente. Esto tiene especial relevancia en relación con la enfermedad profesional.

Junto a lo anterior, y como sucede en el ordenamiento jurídico español, el Código Penal italiano incorpora un delito de riesgo en materia de seguridad y salud laboral, con un alcance, sensiblemente menor que el delito previsto por el ordenamiento jurídico español.

El empresario que sea el responsable de la empresa (ostentando poderes) será también el primer y principal responsable, siendo él quien en el ejercicio de la actividad empresarial, debe tomar las medidas que según el tipo de actividad, la experiencia y la evolución de la técnica, son necesarias para tutelar la integridad física y psicológica de los trabajadores.

3. Alemania

A diferencia de la legislación española, en el Código Penal alemán no existe un concreto delito contra la seguridad de los trabajadores.

En el ámbito penal alemán, las consecuencias de un accidente laboral son analizadas desde la perspectiva del delito contra la integridad corporal.

Asimismo, existe un delito de puesta en peligro en la obra de construcción, pero que no identifica a los trabajadores como sujeto jurídico protegido, sino que los integra dentro del colectivo que puede ser objeto de daños, tales como peatones, vecinos, inquilino, y también trabajadores que estén en la obra.

- Delitos por incumplimiento de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (artículos 305 a 310 bis Código Penal).
- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico:
 - Estafas (artículos 248 a 251 Código Penal).

- Administración desleal y apropiación indebidas (252 a 254 Código Penal)
 - Insolvencias punibles (artículos 257 a 261 Código Penal).
 - Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (artículos 262 y 270 a 288 Código Penal).
- Delitos contra el urbanismo y el medio ambiente (artículos 319 a 348 Código Penal).
 - Delitos de contrabando (artículos 2 y siguientes de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de represión del contrabando).

Una vez expuesto el esquema general de delitos a los que se pueden enfrentar los Administradores en el ejercicio de sus funciones, cabe destacar que, tal y como se ha señalado anteriormente, tras la introducción en el Código Penal del artículo 31 bis, existe la posibilidad de que una sociedad pueda ser imputada como responsable de un delito si éste se encuentra dentro del catálogo de *numerus clausus* establecidos en el Código Penal por los cuales se puede imputar a una persona jurídica. Estos delitos son los siguientes:

- Delitos por incumplimiento de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (artículos 305 a 310 bis Código Penal);
- Insolvencias punibles (artículos 257 a 261 Código Penal);
- Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (artículos 262 y 270 a 288 Código Penal);
- Delitos contra el urbanismo y el medio ambiente (artículos 319 a 348 Código Penal); y
- Delitos de contrabando (artículos 2 y siguientes de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de represión del contrabando).

Con independencia de la posible responsabilidad de la persona jurídica, los Administradores pueden ser responsables por delitos que estén incluidos en el *numerus clausus* o no.

II. Responsabilidad no incluida en el *numerus clausus* de delitos imputables a las personas jurídicas:

Los Administradores pueden ser responsables por delitos vinculados con la sociedad, pero no imputables a la persona jurídica por no estar

prevista en el Código Penal su posible imputación, dado el establecimiento de un catálogo en régimen de *numerus clausus*.

En este sentido, se entiende contemplados en este supuesto todos los delitos que puede cometerse en provecho de una sociedad, en su contra o, en definitiva, con ocasión del ejercicio de las actividades de administración por parte de los Administradores.

III. Responsabilidad vinculada a las incluidas en *numerus clausus* de delitos imputables a las personas jurídicas:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que, por acción u omisión, sean autoras o partícipes de esos mismos delitos. De esta forma, no es posible la imputación a la persona jurídica si no existiera una persona física que hubiera protagonizado la conducta delictiva “*aun cuando la concreta física no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella [...]*” (artículo 31 ter.1 Código Penal). Y además, “*la concurrencia [...] de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dicha persona haya fallecido o se hubiese sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad de las personas jurídicas [...]*” (artículo 31 ter.2 Código Penal).

En consecuencia, los Administradores pueden cometer, por acción o por omisión, por dolo o, en algunos casos, por imprudencia todos los delitos imputables a la persona jurídica, generalmente en el ámbito del llamado Derecho penal económico.

IV. Referencia a los supuestos de delitos especiales:

Los Administradores son responsables tanto de los delitos cometidos en nombre propio, aun cuando se inserten en el ámbito societario, como de los llamados delitos especiales reservados a determinados sujetos activos y particularmente a la sociedad, cual es el caso de los delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad social en los que el deudor del tributo o de la cuota sea la persona jurídica, aun cuando el infractor de la defraudación haya sido el administrador persona física.

Estos delitos derivan de responsabilidades tributarias y de seguridad social que se han convertido en penales porque, además de la concurrencia de los demás elementos típicos, superaran las cuantías previstas en los artículos 305 y siguientes del Código Penal.

V. Responsabilidad por los acuerdos adoptados en órganos colectivos:

La aplicación de la teoría de la *willful blindness*, (ceguera o ignorancia deliberadas) les implica a los Administradores y les hace responsables por título de dolo, al menos eventual, en la infracción en régimen de comisión por omisión (artículo 11 Código Penal) cuando los Administradores pertenecientes a un órgano que adopta un acuerdo genera una responsabilidad, aun cuando no hubieran votado a favor del mismo e incluso estuvieran ausentes pero fueran conocedores de su anunciada adopción, siempre que pongan los medios para evitar la aprobación o ejecución de dicho acuerdo.

Esta ampliación de responsabilidad penal a los administradores ausentes de la reunión del órgano colectivo y a los presentes que se abstienen de votar o que incluso votan en contra, conjugando la participación por omisión en el delito cometido por los que votan a favor del acuerdo y el dolo eventual (artículo 5 Código Penal), es relevante y consiste en aparentar no querer enterarse del asunto que se discute, o de mostrar una ajenidad o incluso oposición frente al mismo, cuando la realidad era que existía un deber de analizar la propuesta y de impedir su realización tras lograr la mayoría su ejecución.

En este sentido, el dolo en la comisión por omisión viene determinado por el conocimiento de la situación de riesgo y la determinación de no poner los medios suficientes para impedir el resultado de tal riesgo, infringiendo así la obligación de actuar en función de su posición de garante.

VI. Consecuencias civiles en caso de incumplimiento de los deberes del *Compliance*:

Con la finalidad de eximir a la persona jurídica de la posible responsabilidad penal derivada de un acto delictivo de los Administradores, existe el mecanismo de la implementación de un Programa de Compliance Penal ("**Compliance**").

En este sentido, los Administradores, aunque el artículo 31 bis del Código Penal no impone la adopción de un sistema de *Compliance* (solo se establecen sus requisitos para que puedan dar lugar a la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica), tienen la obligación de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (artículo 225.2 LSC) y de obrar en el mejor interés de la sociedad (artículo 227.1 LSC).

Por ello, cabe concluir que, si bien el administrador no está obligado por el art. 31 bis a adoptar un sistema de *Compliance*, tiene el deber de procurar la exención de la persona jurídica mediante la adecuada adopción de un sistema de *Compliance* y, en caso de no implementarlo, estaría incumpliendo sus deberes de diligencia y lealtad derivados de los arts. 225 y 227 LSC.

Más allá de la eventual responsabilidad penal, ya sea por actos propios o por comisión por omisión, los incumplimientos por parte de los Administradores en materia de *Compliance* pueden implicar su responsabilidad civil. Concretamente, los incumplimientos de los Administradores pueden ser los siguientes:

- Falta de adopción de un sistema de *Compliance* (inexistencia), contenido inadecuado, o adopción o ejecución ineficaz (derivados de los deberes de los arts. 225 y 227 LSC en relación con el art. 31 bis.2.1º Código Penal);
- Incumplimiento del deber de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano de supervisión (art. 31 bis.5.4º Código Penal);
- Incumplimiento de la obligación de verificación y eventual modificación del modelo de *Compliance* (art. 31 bis.5.6º Código Penal);
- Incumplimiento de la designación del órgano de cumplimiento u otorgarle las potestades y recursos adecuados (art. 31 bis.2.2º Código Penal); y
- En caso de que el administrador forme parte del órgano de supervisión:
 - Omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones propias como miembro del órgano de supervisión (art. 31 bis 2.4º Código Penal).
 - Incumplimiento del deber de sancionar eficazmente el incumplimiento de las medidas (art. 31 bis 5.5º Código Penal).

En conclusión, los Administradores no pueden alegar ignorancia en la posible implementación de un *Compliance*, pues tienen el deber de estar informados, como así establece el art. 225.3 LSC.

* * * *