



# RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN EL SENO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

---

Especial referencia al compliance penal.

---



CÁMARABILBAO



FORO DE EMPRESA FAMILIAR  
DE LAS CÁMARAS VASCAS

EUSKO GANBEREN  
FAMILIA ENPRESAREN ERAKUNDE



# SUMARIO

---

<b>I. Introducción</b>	<b>5</b>
<b>II. Análisis desde la perspectiva civil</b>	<b>6</b>
<b>III. Análisis desde la perspectiva laboral</b>	<b>19</b>
<b>IV. Análisis desde la perspectiva tributaria</b>	<b>26</b>
<b>V. Análisis desde la perspectiva concursal</b>	<b>41</b>
<b>VI. Análisis desde la perspectiva penal</b>	<b>45</b>
<b>VII. Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos</b>	<b>59</b>
<b>VIII. Índice de abreviaturas</b>	<b>61</b>

## RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN EL SENO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

---

Especial referencia al compliance penal.

---



**CUATRECASAS**

Vitoria-Gasteiz, noviembre 2017



FORO DE EMPRESA FAMILIAR  
DE LAS CÁMARAS VASCAS  
EUSKO GANBEREN  
FAMILIA ENPRESAREN ERAKUNDE

---

**1ª Edición: noviembre 2017**

Edita: Eusko Ganberak / Cámaras Vascas

Autor: Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Diseño y maquetación: Diagonal I Comunicación 360

# I. Introducción

---

- 1.1** El sistema de responsabilidad tradicional se fundamenta en la existencia de una violación de una norma de conducta que obliga a un esfuerzo o diligencia. ¿Por qué? Porque la inobservancia de referida diligencia ocasiona un daño.
- 1.2** El concepto de responsabilidad tiene su origen en una regla elemental: no causar daño a los demás. La sanción jurídica para la trasgresión de esta norma sería la responsabilidad; el autor del daño responde de él, esto es, se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio, esta responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima.
- 1.3** De este modo, el régimen de responsabilidad de administradores pretende cubrir, en la medida de lo posible, el daño que en el patrimonio social o de terceros puede provocar una actuación negligente de éstos en la gestión social. No se trata de trasladar a los administradores el riesgo empresarial, sino de establecer unos mecanismos que permitan exigir a éstos el cumplimiento de sus deberes, mediante la posibilidad de reclamarles directamente la reparación del daño que cause su inobservancia.
- 1.4** A excepción de los casos en que la ley establece una responsabilidad objetiva, es necesario que la actuación del administrador implique un grado de culpa o negligencia, en el sentido de que haya incumplido una obligación social- general o concreta-. Sin embargo, no todos los comportamientos dañosos presentan un mismo origen, ni las mismas consecuencias.
- 1.5** El presente manual tiene por objeto: (i) presentar un breve resumen de los deberes y obligaciones que deberán observar los administradores y consejeros de las empresas familiares; (ii) realizar un breve análisis de la responsabilidad a la que éstos podrían quedar sujetos en caso de incumplimiento de referidos deberes y obligaciones; y (iii) determinar las formas en que se puede tratar de limitar el riesgo inherente a un posible incumplimiento, que pudiera resultar en una contingencia para los administradores y consejeros de las empresas familiares.
- 1.6** Abordaremos para ello, de forma separada, el análisis de la responsabilidad de los administradores desde una perspectiva civil, laboral, tributaria, concursal y, finalmente, penal, con especial referencia al compliance penal.

# II. Análisis desde la perspectiva civil

---

**1.1** El régimen de responsabilidad civil de los administradores en las sociedades de capital se articula en torno a dos grupos de normas bien diferenciadas, a saber:

- (a) La responsabilidad clásica subjetiva o por daños; y
- (b) La responsabilidad objetiva o por deudas sociales.

**1.2** A efectos de una clara y ordenada exposición, dividiremos los citados grupos de normas en dos secciones, de forma que bajo el epígrafe I.I. trataremos la responsabilidad clásica por daños y bajo el epígrafe I.II., la responsabilidad por deudas.

**1.3** La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (en adelante, la Reforma) sobre el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la LSC), modificó el régimen de responsabilidad clásica de los administradores por daños para acomodarlo al refuerzo y sistematización de los deberes de conducta de los administradores y consejeros, en especial los deberes de lealtad. En particular, puede destacarse que uno de los objetivos de la Reforma consistió en endurecer y ampliar el régimen de responsabilidad de administradores.

## I.I. RESPONSABILIDAD CLÁSICA POR DAÑOS

### 2. Definición

**2.1** La responsabilidad por daños es aquella que exige al administrador o consejero que ha incumplido alguno de los deberes inherentes a su cargo o actuado de forma contraria a la ley o a los estatutos sociales que indemnice a la empresa familiar, sus socios o acreedores, por los daños que su comportamiento ha causado (artículo 236 LSC).

## 3. Sujetos responsables

### 3.1. Administradores de derecho

**3.1.1.** Cuando el órgano de administración reviste la forma de consejo de administración, la acción de responsabilidad puede dirigirse contra todos los consejeros con cargo vigente e inscrito. Siguiendo la denominación que les otorga la Ley, éstos serían los “administradores de derecho”.

**3.1.2.** Es preciso destacar que una sociedad de capital puede ser administradora de otra sociedad, si bien deberá designar a una persona física para que la represente. En estos casos, y ésta es una de las novedades más importantes de la Reforma, los representantes personas físicas responderán solidariamente y en los mismos términos que la persona jurídica administradora por los daños causados (artículo 236.5 LSC).

### 3.2. Administradores de hecho

**3.2.1.** La Ley impone también responsabilidad al administrador de hecho. El concepto de administrador de hecho incluye:

**(a)** A los administradores de hecho propiamente dichos (de facto directors), es decir: (i) los administradores que ocupan el cargo con un título nulo o extinguido (por ejemplo, por resultar el nombramiento contrario a un precepto legal o por haber caducado el nombramiento); y (ii) los que de hecho controlan la gestión y administración de la sociedad, sin haber sido formalmente designados para ello, pero apareciendo en las relaciones exteriores como administradores.

**(b)** A los que, sin aparecer frente al exterior como administradores, controlan de hecho la gestión y administración de la sociedad, ejerciendo de forma oculta una influencia decisiva sobre los administradores de derecho (administradores ocultos –shadow directors–).

Esta segunda modalidad, introducida expresamente por la Reforma, es la que genera mayores incertidumbres, especialmente en el contexto de los grupos de sociedades. La doctrina más autorizada coincide en que no toda injerencia en la gestión de una sociedad puede traducirse en la automática atribución de la condición de administrador de hecho. Al contrario, la atribución de administrador de hecho podría darse en aquellos supuestos en que (i) la actividad de gestión se produce de modo continuado o con una cierta habitualidad y, sobre todo, (ii) se trata de una efectiva actividad de administración, debiendo recaer por tanto sobre materias reservadas a los administradores de derecho de la sociedad.

### 3.3. Personal de alta dirección

**3.3.1.** El art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de carácter Especial del personal de Alta Dirección define al “alto directivo” como “el trabajador por cuenta ajena que ejercita en la empresa poderes inherentes a la titularidad jurídica de la misma y relativos a los objetivos generales de ésta, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que ocupe aquella titularidad.”

**3.3.2.** Por su parte, el Tribunal Supremo ha definido la actividad de la “alta dirección” como el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991, de 27 de enero de 1992, de 20 de noviembre de 2002, entre otras).

**3.3.3.** En cuanto al régimen de responsabilidad, la nueva redacción del art. 236.4 de la LSC establece que “cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.”

Esta nueva definición objetiviza la responsabilidad del alto directivo, equiparando los deberes y responsabilidades de aquél al de los administradores societarios, sin resultar necesario que ejerza como administrador de hecho.

Esta equiparación en materia de responsabilidad entre el “alto directivo” y el administrador implicaría que aquél también es responsable solidario en aquellos casos en los que la ley prevé que es extensible la responsabilidad de la sociedad a sus administradores<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sánchez Cerbán, Antonio. Revista de Derecho del Mercado de Valores, Nº 18, Sección Mercados y Praxis Negocial, Primer semestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.



## 4. Presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad

### 4.1. Presupuestos

**4.1.1.** Para que prospere la acción de responsabilidad contra los administradores o consejeros es necesario que se den los siguientes presupuestos:

**(a)** Incumplimiento por parte de los administradores o consejeros de algunos de sus deberes u obligaciones; en particular, actos u omisiones contrarios a la ley, a los estatutos o realizados con infracción de sus deberes de diligencia y lealtad frente a la sociedad.

**(b)** Que el incumplimiento sea imputable a título de culpa –negligencia- o dolo –fraude-.

**(c)** Que dicho incumplimiento imputable haya provocado un daño efectivo y, además, exista una relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño sufrido.

### 4.2. Incumplimiento por parte de los administradores o consejeros de algunos de sus deberes u obligaciones

**4.2.1.** Los administradores y consejero deben desempeñar su cargo observando la ley, los estatutos y con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (artículos 225 y ss LSC). Esto significa que, en el desempeño de su función, se impone a los administradores y consejeros un deber de diligencia (artículos 225 a 226 LSC) y un deber de lealtad (artículos 227 a 231 LSC).

**4.2.2.** El deber de diligencia describe el estándar de conducta que, en el plano de la gestión, resulta exigible de los administradores y consejeros, y trata de imponerles una determinada dedicación a la empresa social: que se ocupen y preocupen de los asuntos sociales como lo haría un ordenado empresario. Lo que exige que, como mínimo, asistan a las reuniones, desempeñen el cargo suficientemente informados, conserven la documentación y que, en todo momento, vigilen el desenvolvimiento de la empresa social (cfr. artículo 225 LSC). Además, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, la pauta que debe seguirse es el de la actuación de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente, y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (artículo 226 LSC). Conforme a la Reforma, si se dan las citadas pautas, el estándar de diligencia debe entenderse cumplido (business judgement rule).

En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, con la introducción de business judgement rule, la Reforma pretende evitar que los jueces, a la hora de examinar la responsabilidad de los administradores, juzguen ex post sobre el contenido técnico-empresarial de sus decisiones, que han de adoptarse entre los márgenes de la discrecionalidad.

**4.2.3. El deber de lealtad** impone a los administradores la defensa del interés social por delante del interés personal, o de cualquier otro interés distinto de aquél. Tanto el régimen legal como la responsabilidad derivada de la infracción del mismo tiene carácter imperativo. La LSC establece en los artículos 227 y siguientes distintos grupos de casos que concretan el deber de lealtad de los administradores frente a la sociedad:

**(a)** Obligaciones básicas del deber de lealtad (artículo 228 LSC): en el ejercicio de su cargo, la ley prohíbe utilizar las facultades conferidas para fines distintos a aquellos para los que se le otorgaron, revelar secretos -aún después de cesar en el cargo-, participar en las deliberaciones o decisiones en las que tenga un conflicto de intereses, les impone la actuación de acuerdo con el principio de responsabilidad personal y libertad de criterio, así como evitar cualquier situación de conflicto de intereses con la sociedad.

**(b)** Situaciones de conflicto de intereses que deben ser evitadas (artículo 229 LSC): la ley obliga a los administradores a abstenerse de realizar operaciones vinculadas (salvo aquéllas que sean ordinarias y de escasa relevancia); utilizar del nombre de la sociedad o de la condición de administrador para influir en operaciones privadas; hacer uso de los activos sociales con idénticos fines; aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad; obtener ventajas o remuneraciones de terceros para el ejercicio el cargo; y competir con la sociedad.

Estas situaciones deben ser comunicadas a la sociedad e incluirse en la memoria.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el artículo 230 LSC, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, la autorización también debe en su caso otorgarse por la junta general en aquellos casos en que se refiera a la prestación de asistencia financiera (incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador) o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado.

En todo caso será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad sólo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o éste se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

### **4.3.** Culpabilidad

**4.3.1.** El incumplimiento por parte del administrador o consejero debe ser imputable a título de culpa (negligencia) o dolo (fraude). Cabe destacar que la culpa abarca, de acuerdo con la doctrina más autorizada y la jurisprudencia, cualquier modalidad de culpa (in vigilando, in eligendo, in instruendo, etc.).

**4.3.2.** Es importante tener en cuenta que la Ley presume la culpabilidad, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos. Esto supone que el demandante deberá únicamente probar la existencia de un acto u omisión contrario a las reglas legales o estatutarias, debiendo en consecuencia el administrador demostrar que el incumplimiento no fue culpable.

### **4.4.** Daño y nexo causal

**4.4.1.** El incumplimiento debe haber causado un daño directo a quien ejercita la acción de responsabilidad contra el administrador (Vid. apartados 7 y 8).

**4.4.2.** Además, el daño causado a quien ejercita la acción debe derivarse, necesariamente, del incumplimiento.

## 5. Alcance de la responsabilidad

**5.1.** La responsabilidad por daños presenta los siguientes caracteres en cuanto a su alcance y limitación:

**(a)** Es una responsabilidad legal o imperativa, que no admite margen de disponibilidad estatutaria o de cualquier otra índole (reglamento interno, contrato de administración, acuerdo de Junta general de socios) para excluirla o flexibilizarla frente a terceros.

**(b)** Es una responsabilidad personal y universal, pues los administradores responden con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1.911 del CC).

**(c)** Es una responsabilidad solidaria, pues de acuerdo con el artículo 237 LSC la responsabilidad por daños tiene carácter solidario y puede dirigirse contra cualquiera de los consejeros.

No obstante, el consejero contra el que se ejercite la acción de responsabilidad por daños quedará exonerado de dicha responsabilidad si prueba: (i) que no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia y ha obrado con la diligencia de un ordenado empresario debidamente informado, o (ii) que, conociendo la existencia del acuerdo, hizo todo lo conveniente para evitar el daño (por ejemplo, impugnar judicialmente el acuerdo dañoso) o, al menos, oponerse expresamente a él.

Adicionalmente, es oportuno advertir que, en el plano interno, al consejero que hubiera satisfecho la deuda le correspondería una acción de regreso contra sus codeudores, es decir, el resto de consejeros que no pudieran exonerarse, por la parte que les corresponda más los intereses del anticipo (artículo 1.145 CC).

## 6. Plazo

**6.1.** Tal y como se ha ocupado de aclarar la Reforma, la acción contra los consejeros prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que pudo ejercitarse (artículo 241bis LSC).

## 7. Acciones contra la responsabilidad de los administradores

### 7.1. La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad: la acción social de responsabilidad

**7.1.1.** Cuando sea la sociedad la que padezca las consecuencias lesivas de la conducta negligente o dolosa de los administradores la responsabilidad de los administradores se articula a través de la llamada “acción social de responsabilidad” (que se regula en los artículos 236 a 240 LSC). Esta acción tiene por objeto resarcir a la sociedad los daños y perjuicios que hayan podido causar al patrimonio social los actos u omisiones negligentes o dolosas de sus administradores en el ejercicio de su cargo.

**7.1.2.** Ello determina que la legitimación activa corresponda, en primer lugar, a la sociedad, mediante un acuerdo adoptado por la junta general. El acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día (artículo 238.1 LSC). La aprobación requiere la mayoría ordinaria<sup>2</sup> (y no es posible que los estatutos establezcan una mayoría distinta). El acuerdo de la junta general de promover la acción social de responsabilidad determina la destitución de los administradores afectados (artículo 238.3 LSC).

**7.1.3.** Subsidiariamente, el legislador atribuye legitimación activa a los accionistas que reúnan al menos el 5% del capital suscrito y si tampoco lo hacen los accionistas minoritarios, la Ley permite que la ejerciten los acreedores de la sociedad si, además, el patrimonio social no es suficiente para satisfacer sus créditos (artículo 240 LSC).

**7.1.4.** En el supuesto de que la demanda se fundamente en la vulneración de los deberes de lealtad, la misma minoría de socios puede entablar la acción directamente frente a los órganos jurisdiccionales sin necesidad, siquiera, de requerir la convocatoria de la junta general.

**7.1.5.** Es importante señalar que el ejercicio de la acción social, incluso cuando la acción sea ejercitada subsidiariamente por los socios o por los acreedores, busca siempre la protección y defensa del interés social y su finalidad es, en todos los supuestos, lograr la reintegración del patrimonio social -y no el patrimonio particular de quien ejercite la acción-, de forma que la reparación a la que eventualmente sean condenados los administradores irá en beneficio de la sociedad.

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 198 LSC, la mayoría ordinaria consiste en “la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social”.

## **7.2.** La responsabilidad de los administradores frente a los socios o terceros: la acción individual de responsabilidad

**7.2.1.** La acción individual tiene por finalidad resarcir los daños que los socios y terceros sufran directamente en su patrimonio por la actuación dolosa o culposa de los administradores. Con ella el perjudicado (socio o tercero) reclama para sí, no para la sociedad, la indemnización del daño sufrido directamente en su patrimonio.

**7.2.2.** Los supuestos típicos en los que procede interponer una acción individual de responsabilidad por parte de socios o terceros son todos aquellos en los que el administrador incide personalmente –dolosa, culposa o negligentemente– en la causación del daño directo a los intereses particulares de aquellos.

**(a)** Ejemplos en los que procedería interponer una acción individual por parte de terceros, serían, entre otros: (i) casos de un endeudamiento progresivo de la sociedad por parte del administrador a sabiendas de la imposibilidad de pago de ésta; (ii) supuestos en los que el administrador proporcione una información no verdadera (por ejemplo, cuentas anuales que no reflejan la imagen fiel de la empresa) para obtener un préstamo; (iii) casos en los que el administrador genere un vínculo de confianza personal respecto del tercero influyendo en la negociación, mediante la asunción de una garantía personal o de responsabilidad, etc.

**(b)** Supuestos típicos de responsabilidad directa del administrador frente a los socios considerados individualmente, serían, por ejemplo: (i) la inadmisión indebida de un socio en una junta de socios o accionistas, (ii) la negación indebida de dividendos, del derecho de información, del derecho de suscripción preferente y, en general, (iii) cualquier actuación de los administradores que, en su calidad de tales, impida ilegítimamente a los socios el ejercicio de un derecho individual.

**7.2.3.** El carácter directo de los daños al patrimonio particular del afectado excluye, en principio, en el caso de los socios, la posibilidad de ejercitar una acción por parte de éstos contra el administrador cuya conducta ha provocado una disminución del valor de las acciones, esto es, un daño directo al patrimonio social e indirecto al socio. En estos supuestos, procedería, en su caso, el ejercicio de la acción social de responsabilidad para resarcir el patrimonio de la sociedad.

## I.II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES

### 8. Definición

**8.1** La responsabilidad por las deudas sociales prevista en el artículo 367 LSC surge cuando los administradores no promuevan la disolución de la sociedad ante la concurrencia de las causas previstas en la Ley.

### 9. Sujetos responsables

**9.1.** La acción de responsabilidad por deudas podrá dirigirse contra quienes (de hecho o de derecho) ocupen el cargo de administrador y no hubieran procedido de acuerdo con lo previsto en los artículos 365 y 366 LSC (Vid. apartado 10).

**9.2.** Son administradores de hecho los definidos por el artículo 236 de la LSC (Vid. apartado Administradores de hecho).

### 10. Requisitos de aplicación

**10.1.** Para que nazca la responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 de la LSC es necesaria la concurrencia de una causa legal de disolución de la sociedad que requiera acuerdo de la junta (artículo 363 LSC)1 y el incumplimiento por parte de los administradores de los deberes de convocar la junta, solicitar la disolución judicial o el concurso de la sociedad (artículos 365 y 366 LSC).

**10.2.** En la práctica, los casos más frecuentes de la exigencia de responsabilidad de los administradores son aquéllos de falta de disolución concurriendo las “pérdidas graves” del artículo 363.1 e) LSC: supuesto en que las pérdidas dejen el patrimonio neto reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social a no ser que éste se aumente o reduzca en medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

**10.3.** Corresponde pues, a los administradores valorar si procede convocar junta para adoptar el acuerdo de disolución correspondiente, o si, por el contrario, procede solicitar el concurso porque la sociedad se encuentra además en una situación de insolvencia conforme a lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC)<sup>4</sup>.

**10.4.** Desde el momento en que los administradores tengan conocimiento de la existencia de alguna de estas causas de disolución (o desde que debieron haber tenido conocimiento de haber actuado con la debida diligencia) disponen de un plazo de dos meses para convocar la junta general que deberá tomar el correspondiente acuerdo de disolución. Doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que el plazo de dos meses para la convocatoria de la junta no debe retrasarse hasta conocer el resultado de las cuentas anuales. El plazo se computa a partir del momento en que los administradores conocieron o debieron conocer la concurrencia de la causa de disolución con la diligencia que les es exigible<sup>5</sup>.

**10.5.** Si la junta general no llega a reunirse o, habiéndose reunido, no toma algún acuerdo para remover la causa de disolución o, no acuerda la disolución de la sociedad, los administradores tendrán la obligación de solicitar la disolución judicial. En este caso el plazo de dos meses se contará desde la fecha prevista para la celebración de la junta.

<sup>4</sup> Conforme a la Ley Concursal, la insolvencia se define como el estado en el que se encuentra “el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”; es decir, que se encuentra en una situación de incapacidad (actual o inminente) para hacer frente a los pagos que le son exigibles.

<sup>5</sup> Así, STS 30.10.2000 (RJ 9909). En igual sentido SSTS 20.7.2001 (RJ 6865) y 16.12.2004 (RJ 8215). Esta última sentencia señala que el plazo debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de esta situación “siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación”. En relación con este pronunciamiento, téngase en cuenta lo establecido en el artículo 28 del CCom en el que se establece la obligación de transcribir, al menos trimestralmente, con sumas y saldos los balances de comprobación. La determinación de este momento será un tema fundamentalmente probatorio, pero no debe demorarse hasta la fecha en que se conozca el resultado de las cuentas anuales del ejercicio.



## 11. Alcance de la responsabilidad

**11.1.** La responsabilidad por deudas sociales presenta los siguientes caracteres en cuanto a su alcance y limitación:

**(a)** Es una responsabilidad personal y universal, pues los administradores o consejeros responden con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1.911 del CC).

**(b)** Es una responsabilidad directa (o, en terminología de algunas recientes sentencias, “casi objetiva”), en el sentido de que basta el incumplimiento del deber de convocar para que surja la responsabilidad de los administradores o consejeros, con independencia de la concurrencia o no de daño efectivo a los acreedores, de la existencia de culpa o del nexo de causalidad. Esto es, basta el incumplimiento del deber marcado para que surja la responsabilidad.

- No obstante, existe una línea jurisprudencial que entiende, que pesar del incumplimiento de los deberes disolutorios por parte de los administradores, es abusiva la exigencia de responsabilidad, si el acreedor conocía la situación económica de la sociedad en el momento de conceder el crédito a la misma.

**(c)** Es una responsabilidad solidaria entre todos los consejeros y la sociedad (artículo 367 LSC). Por tanto, el acreedor podrá reclamar la totalidad de la deuda a cualquiera de los consejeros.

- Son de aplicación, las causas de exoneración del artículo 237 de la LSC, de manera que no responderán los administradores que hicieron todo lo posible para evitar el incumplimiento y quienes se opusieron expresamente al acuerdo del órgano de no convocar la junta para la disolución o de no solicitar la disolución o el concurso de acreedores.

**(d)** Es una responsabilidad por las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (artículo 367 LSC).

- La Ley presume que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

- Sin perjuicio de lo anterior, existe en la actualidad una corriente jurisprudencial tendente a matizar la responsabilidad de los administradores. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 285/2013 de 14 de octubre establece una serie de límites a la responsabilidad de los administradores. Según la mencionada sentencia, la responsabilidad no alcanzará a las obligaciones sociales posteriores al cese efectivo de los administradores, ni a las obligaciones surgidas con posterioridad a la remoción de la causa de disolución.

## 12. Legitimación activa

**12.1.** La responsabilidad es exigible únicamente por los acreedores sociales, por lo que no pueden ejercitar la acción del artículo 367 LSC ni los socios, ni la sociedad.

## 13. Prescripción

**13.1.** El Tribunal Supremo ha venido aplicando el plazo de prescripción de cuatro años (ex artículo 949 CCom) a la responsabilidad del administrador por no disolución de la sociedad, desde la fecha del cese del administrador. El nuevo tenor del artículo 241 bis LSC a raíz de la Reforma puede favorecer que el inicio del término cambie por aquel momento en que la acción pudo ser ejercitada. Esta cuestión todavía debe ser dilucidada.

**13.2.** Con todo, en la práctica, es recomendable siempre proceder a la inscripción del cese en el Registro Mercantil a efectos de marcar el inicio del mencionado plazo de prescripción de cuatro años.

## 14. Otros riesgos patrimoniales derivados de la función de administrar.

**14.1** Además de responder por los daños causados (o de las deudas sociales), los administradores asumen, desde la entrada en vigor de la Reforma, un nuevo riesgo patrimonial en el caso de que vulneren sus deberes de lealtad: la devolución del enriquecimiento injusto percibido (artículo 227.2 LSC).

**14.2** La acción de enriquecimiento tiene por objeto la devolución de todas las cantidades que los administradores puedan haber recibido al infringir sus deberes de lealtad, infracción que constituye el único presupuesto de la acción (no resulta preciso, por lo tanto, probar el daño). La legitimación activa corresponde a la sociedad.

**14.3** Expresamente señala la Ley que la acción es compatible con el ejercicio de la acción de responsabilidad, y los demás remedios, de índole no patrimonial, que la sociedad puede poner en marcha tras aquella infracción (cesación, impugnación, remoción de efectos, anulación de actos y contratos)

# III. Análisis desde la perspectiva laboral

---

**1.1** Una de las principales notas que caracterizan a las sociedades mercantiles y las diferencian del resto de entes societarios es que ni los socios, ni los administradores sociales que las integran ostentan la condición de “empresarios” a efectos laborales.

Referida condición –empresario– se halla expresamente reservada a la sociedad titular de la empresa familiar, que tiene personalidad jurídica propia, distinta y diferenciada de la de los socios y administradores que la integran.

**1.2** La consecuencia más relevante de esta escisión es que, con carácter general, los administradores no responden del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social que derivan de la condición jurídica de empresario que, en el caso de las sociedades capitalistas, radica única y exclusivamente en el ente social dado que:

- Los administradores no mantienen ninguna relación laboral, ni contractual con los trabajadores de la empresa familiar;
- La legislación laboral no prevé la derivación de responsabilidad subsidiaria o solidaria de las deudas contraídas por la sociedad hacia los administradores; y,
- Nos encontramos ante un órgano social cuya actuación frente a los trabajadores y la Seguridad Social se imputa a la persona jurídica, única responsable de los actos realizados por aquéllos en su nombre y representación.

**1.3** No obstante, esta prohibición de extender la responsabilidad societaria a los administradores presenta excepciones, en las cuales los administradores y consejeros adquieren automáticamente la condición de “verdaderos empleadores”. Estas excepciones se articulan mediante alguna de las siguientes vías:

- La doctrina del levantamiento del velo; y
- La responsabilidad por actos propios.

**1.4** Una de las principales consecuencias de extender la responsabilidad societaria a los socios y administradores de la mercantil la encontramos en el ámbito competencial.

A pesar de tratarse de daños y perjuicios causados a los trabajadores y a la Seguridad Social, la jurisdicción competente es el orden civil puesto que la actuación negligente no deriva de la potestad que el administrador ostenta como gestor de la empresa, sino de las decisiones y actuaciones llevadas a cabo por éste en su condición de persona física<sup>6</sup>.

## I.I. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

**2.1** Uno de los mecanismos jurisprudencialmente establecidos para atribuir a los administradores societarios la condición de empresarios se lleva a cabo mediante la aplicación de la técnica del levantamiento del velo.

**2.2** Como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de determinar en numerosas ocasiones, la utilización de referida técnica obedece a la necesidad de “evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (SS., entre otras, 17 de diciembre de 2002 [ RJ 2002, 10751], 22 [ RJ 2003, 3865] y 25 de abril de 2003 [RJ 2003, 3534], 6 de abril de 2005 [ RJ 2005, 2704], 10 de febrero de 2006)”.

Su finalidad no es otra que “evitar que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (SS. 17 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8046]; 3 de junio y 19 de septiembre de 2004; 16 de marzo y 30 de mayo de 2005).” Entendiéndose que “se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SS. 28 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1783], 14 de abril de 2004 [RJ 2004, 2624], 20 de junio de 2005 [RJ 2005, 6426], 24 de mayo de 2006), y entre ellas el pago de deudas (SS. 19 de mayo de 2003 [RJ 2003, 5213], 27 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7042])”.<sup>7</sup>

**2.3.** La jurisprudencia ha venido aplicando la doctrina del levantamiento del velo en diversos supuestos, entre ellos podemos destacar<sup>8</sup>:

- Identidad de sujetos o esferas, o confusión de patrimonios: cuando resulta imposible distinguir exteriormente entre la empresa y sus socios, o supuestos en los que no puede diferenciarse claramente entre el patrimonio social y el de los socios.

<sup>6</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 2008 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de noviembre de 2011.

<sup>7</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo nº 665/2006, de 29 de junio. RJ 2006\3976.

- Infracapitalización de sociedades: insuficiente dotación a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para realizar su objeto social.
- Grupos de sociedades: control o dirección externa efectiva por parte de una sociedad, de manera que la voluntad de una sociedad es la voluntad de otra que actúa como dominante (TS 26-12-01, EDJ 80499; 19-11-03, EDJ 152426).
- Fraude de ley o de acreedores: cuando se utiliza la forma societaria como normativa de cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e incluso extracontractuales, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, injusto o dañoso para terceros.

## I.II. RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS

**3.1** Los administradores societarios son responsables personal y directamente de aquellas conductas que pudieran causar un perjuicio a los trabajadores. En estos supuestos, la responsabilidad no deriva de la actividad que el órgano social realiza en el desempeño de sus funciones, sino que radica en aquellas decisiones o actuaciones del administrador que, abusando de la situación de superioridad que ostenta frente a los trabajadores, causa un daño.

**3.2** Los Juzgados y Tribunales han extendido la responsabilidad societaria a los administradores por los actos y decisiones adoptados por éstos en supuestos tales como:

- La vulneración de derechos fundamentales de trabajadores y sindicatos, como el Derecho a la Libertad Sindical<sup>9</sup>;
- La realización de actos constitutivos de acoso –moral, discriminatorio o sexual–<sup>10</sup>;
- El incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, con resultado lesivo<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Memento Sociedades Mercantiles 2017. Lefebvre El Derecho.

<sup>9</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de noviembre de 2009.

<sup>10</sup> Véase las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2009, Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de marzo de 2008 y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de octubre de 2004, entre otras.

<sup>11</sup> Véase las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de octubre de 2010 y de 16 de noviembre de 2012.

## RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

En el seno del Derecho administrativo, la responsabilidad en que la empresa familiar puede incurrir frente a los trabajadores y a la Seguridad Social se articula en torno a dos esferas:

- Infracciones y sanciones administrativas; y
- Prestaciones y cotizaciones a la Seguridad Social.

### 4.1 Infracciones y sanciones administrativas

La empresa familiar es la única responsable por las infracciones y sanciones administrativas cometidas, aunque las mismas tengan su origen en una conducta negligente de sus administradores o consejeros. Por tanto, no se contempla la posibilidad de derivar a los administradores societarios la responsabilidad por las sanciones impuestas a las sociedades que gestionan.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha aclarado que ello no implica la eliminación del elemento subjetivo de la culpa, sino que únicamente supone que el principio culpabilístico ha de aplicarse a la empresa familiar de manera distinta que a las personas físicas, dada la naturaleza de ficción jurídica a que responde aquella al faltar el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a que está sujeta <sup>12</sup>.

### 4.2 Prestaciones y cotizaciones a la Seguridad Social

#### 4.2.1. Responsabilidad en materia de prestaciones

Actualmente, la normativa no prevé que la responsabilidad de la empresa familiar por incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización de los trabajadores a su servicio se extienda a sus administradores (art. 142 LGSS)<sup>13</sup>, si bien éstos responden solidariamente de este tipo de deudas en los casos previstos en la legislación mercantil <sup>14</sup>.

La responsabilidad puede ser exigida por la Tesorería General de la Seguridad Social, los trabajadores y sus causahabientes ante la jurisdicción civil.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/1991.

<sup>13</sup> A título de ejemplo podemos destacar los incumplimientos derivados de no dar de alta a los trabajadores en la Seguridad Social.

<sup>14</sup> Vid. Apartado II. Análisis desde la perspectiva civil.

#### **4.2.2** Responsabilidad de materia de cotizaciones

El art. 142.1 de la LGSS establece que son responsables de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, entre otros, quienes resulten responsables solidarios de los obligados a su ingreso. Por tanto, los administradores societarios pueden ser responsables solidarios de esta clase de deudas.

La responsabilidad solidaria de los administradores se declara y exige a través del procedimiento recaudatorio administrativo contemplado en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004).

La Tesorería General de la Seguridad Social (se cita, “TGSS”) puede automáticamente, sin necesidad de acudir previamente a la jurisdicción civil, dictar resoluciones de derivación de responsabilidad a los administradores societarios por el impago de cuotas o cualesquiera otras cantidades, aplicando la legislación mercantil, y exigir directamente a aquéllos el pago de referidas deudas a través del procedimiento recaudatorio, sin intervención de los Tribunales.

Es la propia reclamación de deuda que realiza la TGSS la que se constituye en acto administrativo que valora los hechos acaecidos y declara la responsabilidad solidaria del administrador, acordando reclamarle a él la deuda del obligado principal –la mercantil que gestiona–, a cuyo pago está obligado (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla de 26 de mayo de 2011).

Sin perjuicio de lo expuesto, es menester aclarar que no cabe exigirse la responsabilidad solidaria a los administradores por las sanciones pecuniarias, ni por los recargos sobre prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por una falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo salvo que exista una declaración de responsabilidad por la entidad gestora competente (art. 12.4 del RD 1415/2004).

## **RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER PENAL**

En el ámbito de las relaciones de trabajo y de Seguridad Social los administradores societarios pueden resultar penalmente responsables por aquellos actos tipificados como delitos, entre los que destacan:

- Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 318 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –en adelante, CP-); y
- Delitos contra la Seguridad Social (artículos.307 y 310 bis del CP).

## 5.1 Delitos contra los derechos de los trabajadores

Este tipo de delitos se caracterizan porque el bien jurídico protegido es la seguridad de los trabajadores. En la mayor parte de los casos son tipos dolosos, que excluyen las conductas culposas –atípicas y en consecuencia impunes-, excepto aquellos comportamientos que afectan a las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, que también pueden cometerse por imprudencia (arts. 316 y 317 del CP).

Nuestra legislación penal considera delitos contra los derechos de los trabajadores las siguientes conductas:

- La imposición de condiciones ilegales de trabajo o de Seguridad Social (artículos 311 y 312.2 del CP);
- La contratación masiva de trabajadores sin su incorporación a la Seguridad Social o sin permiso de trabajo –trabajadores extranjeros- (artículos 311.2 CP);
- El empleo reiterado y recurrente de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo o de menores sin la correspondiente autorización (art. 311 bis CP);
- La recluta y el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312 CP);
- Las migraciones laborales fraudulentas (art. 313 CP);
- La discriminación laboral (art. 314);
- El impedimento o limitación del ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga (art. 315 CP);
- La omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (arts. 316 y 317 del CP); y
- El acoso sexual laboral (art.184 CP).

Los artículos 31 y 318 del CP establecen que son sujetos activos de los distintos delitos contra los trabajadores y la Seguridad Social: (i) el empresario; y, (ii) en el caso de ser un empresario persona jurídica –sociedades de capital-, sus administradores sociales.

Cuando los delitos contra los trabajadores se imputan a la persona jurídica –empresa familiar- las penas son impuestas a los administradores responsables de los hechos enjuiciados o a aquéllos que, conociéndolos y pudiendo remediarlos, no adoptaron las medidas necesarias para ello. Para ello es imprescindible concretar la concreta participación de cada administrador en la causación del daño.



En este sentido, el art. 31 CP puntualiza que la responsabilidad de los administradores se desprende del cargo que los mismos ocupan en el seno de la mercantil. Por tanto, no se trata de una responsabilidad objetiva –presunción de autoría-, por lo que no cabe extender la responsabilidad a quien acredite no dirigir, ni controlar la empresa, limitándose a figurar formalmente como gerente o administrador de la misma.

Asimismo, es fundamental valorar el modo en el que se ejecutó el daño, es decir, si se llevó a cabo con dolo o por imprudencia, lo que agravará o disminuirá el alcance, o incluso el tipo, de pena.

Adicionalmente a las penas que puedan imponerse a los administradores societarios por el daño causado a los trabajadores, los Jueces y Tribunales podrán acordar la adopción de medidas accesorias frente a las personas jurídicas. Entre ellas cabe destacar el cierre de la mercantil, la suspensión de actividades, la prohibición definitiva de realizar cualquier tipo de actividad, etc.

## **5.2** Delitos contra la Seguridad Social

El art. 307 del CP establece que se considerará delito contra la Seguridad Social toda acción u omisión que implique defraudar a la Seguridad Social “eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros (...).” Adicionalmente, concreta el artículo que “la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.”

Con carácter general, la responsabilidad penal recae sobre la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera concurrir la persona física –administrador- materialmente responsable del delito.

Accesorio a la responsabilidad penal por la comisión de un delito, el art. 120 del CP establece la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados. Dicha responsabilidad abarca tanto la restitución y reparación del daño, como una indemnización por los perjuicios materiales y morales ocasionados.

Si el autor material del delito es la empresa familiar, el perjudicado podrá reclamar la responsabilidad civil derivada del delito tanto a la empresa autora del mismo, como a sus administradores –responsables solidarios-. No obstante, en el caso de que los responsables materiales fueran los administradores, la empresa se erige como responsable subsidiaria, garantizándose de este modo que el perjudicado perciba la indemnización correspondiente aun cuando los administradores fueran insolventes.

# IV. Análisis desde la perspectiva tributaria

## ¿Puede el administrador responder con su patrimonio por deudas tributarias de la empresa familiar?

En tiempos de crisis, las empresas pueden encontrarse con serias dificultades económicas para hacer frente a las deudas frente a las Diputaciones Forales. Ello puede provocar cierres no ordenados de empresas, diferimientos tributarios fuera del marco legal o la aplicación de criterios que la Administración puede eventualmente considerar excesivamente agresivos.

Frente a estas situaciones, los órganos de recaudación de la Hacienda Foral tienen potentes mecanismos para asegurarse el cobro de sus créditos. Así, cuando éste no es posible con bienes de la sociedad, las Diputaciones Forales están facultadas para exigir el pago de las deudas, y de las sanciones, a los administradores, de hecho o de derecho, de dichas sociedades.

Incluso, en determinadas circunstancias, es posible exigir la responsabilidad directamente a los administradores o directivos de sociedades, por su colaboración en la comisión de infracciones tributarias.

Además, estamos viendo cómo las leyes se endurecen incrementando los supuestos en los que los administradores, e incluso socios, pueden llegar a responder de deudas de sociedades cuando se demuestre que hayan actuado con ánimo defraudatorio.

Ante este panorama, es imprescindible que los administradores, directivos y socios de la empresa familiar conozcan el alcance y las consecuencias de sus actuaciones societarias, a fin de evitar o minimizar un riesgo que puede afectar directamente a su patrimonio personal.

### 1. Régimen general.

**1.1.** El artículo 41 de la Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava, el artículo 40 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia y el artículo 41 de la Norma Foral 2/2005 de 8 de marzo General Tributaria del Territorio Histórico de Guipúzcoa (en adelante, las Normas Forales tributarias o NFT) establecen el régimen general de la responsabilidad en el ámbito tributario.

**1.2** De este precepto pueden extraerse las siguientes notas o características definitorias de la responsabilidad tributaria:

**(I)** El responsable tributario ha de ser fijado por la ley.

**(II)** El responsable es calificado expresamente por los artículos 41, 40 y 41 de las NFT de Álava, Bizkaia y Guipúzcoa, respectivamente, como obligado tributario, esto es, como sujeto al que se le impone el cumplimiento de obligaciones tributarias.

**(III)** En el ámbito tributario, salvo precepto legal expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria.

**(IV)** La responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria exigida al contribuyente en período voluntario.

**(V)** La responsabilidad sólo alcanzará a las sanciones cuando se establezca expresamente por ley.

**(VI)** La derivación de la acción para exigir el pago a los responsables requiere un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare su responsabilidad y se determine su alcance. Dicho acto ha de notificarse al responsable expresando los elementos esenciales de la liquidación, los medios de impugnación y el lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable. Desde ese momento se confieren al responsable todos los derechos del deudor principal de modo que el responsable puede impugnar tanto el presupuesto de hecho que habilita la declaración de responsabilidad como las liquidaciones y, en su caso, las sanciones a las que alcanza dicho acto de derivación de responsabilidad.

**(VII)** En cuanto al plazo de ingreso, el responsable podrá ingresar la deuda en el periodo voluntario que se le conceda en el momento de notificársele el acuerdo de derivación. En el supuesto en el que el responsable no pague, no aplace o no obtenga la suspensión de la deuda se iniciará un procedimiento ejecutivo contra él.

**(VIII)** Cuando sean dos o más los responsables solidarios o subsidiarios de una misma deuda, ésta podrá exigirse íntegramente a cualquiera de ellos.

**(IX)** Las NFT reconocen a los responsables su derecho a repetir contra el deudor principal por la cantidad satisfecha a la Diputación Foral. Dicha acción de reembolso deberá ejercitarse conforme a la legislación civil.

## 2. La responsabilidad tributaria de las personas jurídicas.

**2.1** El punto de partida de la regulación de la responsabilidad tributaria de las personas jurídicas es el reconocimiento de que la persona jurídica considerada en sí misma puede ser autora del incumplimiento de las obligaciones tributarias y de la comisión de infracciones de la misma índole y, por tanto, susceptible de ser sancionada por ello.

**2.2.** Pese a lo anterior, en el caso de impago de tales obligaciones y/o sanciones tributarias la ley define una serie de responsables a los que puede exigírseles el ingreso de las obligaciones y sanciones tributarias pendientes siempre que concurren determinadas circunstancias. Entre tales eventuales responsables de las deudas tributarias e incluso de las sanciones de una sociedad se contempla específicamente a sus administradores en determinados supuestos de hecho definidos en las NFT y siempre y cuando su conducta se incardine entre las que contempla referida normativa.

**2.3.** En materia de responsabilidad de administradores de personas jurídicas, el régimen específico en el ámbito tributario es la responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo 43 de la NFT de Álava, en el artículo 42 de la NFT de Bizkaia y en el artículo 43 de la NFT de Guipúzcoa, sin perjuicio de que si el administrador incurre en las conductas contempladas en el artículo 42 de la NFT de Álava, en el artículo 41 de la NFT de Bizkaia y en el artículo 42 de la NFT de Guipúzcoa puede declarársele responsable solidario (aspecto que trataremos en párrafos posteriores).

**2.4.** Así, el artículo 42 de la NFT de Álava, el artículo 41 de la NFT de Bizkaia y el artículo 42 de la NFT de Guipúzcoa establecen los supuestos de responsabilidad solidaria, de entre los que interesa destacar:

– El contemplado en el apartado 1.a), en virtud del cual serán responsables solidarios de la deuda tributaria y, en su caso, de las sanciones las personas o entidades que:

“(…) que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria.”

– Los incluidos en el artículo 42.4 de la NFT de Álava, en el artículo 41.5 de la NFT de Bizkaia y en el artículo 42.4 de la NFT de Guipúzcoa, en virtud de los cuales serán responsables solidarios de la deuda tributaria, así como, en su caso, de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuanto procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades:

**a)** Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria.

- b) Las que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.
- c) Las que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.
- d) Las personas o entidades depositarias de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de aquellos.”

**2.5.** Por su parte, el artículo 43.1 de la NFT de Álava, el artículo 42.1 de la NFT de Bizkaia y el artículo 43.1 de la NFT de Guipúzcoa regulan los supuestos de responsabilidad subsidiaria, entre los que se encuentran contemplados específicamente los siguientes supuestos:

- a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 41/42 de esta Norma Foral, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.
- b) Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago. (...)
- e) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación. (...).”

**2.6.** Finalmente, el artículo 43.2 de la NFT de Álava, el artículo 42.2 de la NFT de Bizkaia y el artículo 43.2 de la NFT de Guipúzcoa determinan que los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas obligadas a efectuar la declaración e ingreso de las deudas tributarias derivadas de tributos que deban repercutirse o de cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, serán responsables subsidiarios de referidas deudas, cuando, existiendo continuidad en el ejercicio de la actividad, la presentación de autoliquidaciones sin ingreso por tales conceptos tributarios sea reiterativa y pueda acreditarse que dicha presentación no obedece a una intención real de cumplir la obligación tributaria objeto de autoliquidación.

### 3. Supuestos de responsabilidad subsidiaria de los administradores

**3.1** La Administración Tributaria podrá declarar responsables subsidiarios a los administradores de una compañía en los siguientes casos:

**(I)** Cuando la sociedad haya cometido una infracción y la conducta del administrador pueda circunscribirse entre las descritas por la ley, cuales son:

- No haber realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios por parte de la sociedad.
- Consentir el incumplimiento de tales deberes y obligaciones tributarias de la sociedad por quienes de ellos dependen.
- Adoptar acuerdos que posibilitasen la comisión de la infracción tributaria por la sociedad.

Esta declaración de responsabilidad requiere, pues, la concurrencia de los siguientes requisitos:

**a.** Comisión de una infracción tributaria por la sociedad administrada.

**(II)** Condición de administrador al tiempo de cometerse la infracción.

**(III)** Conducta del administrador en los términos del referido artículo 43.1.a) de la NFT de Álava, del artículo 42.1.a) de la NFT de Bizkaia y del artículo 43.1.a) de la NFT de Guipúzcoa, la cual no supone la participación del administrador directa y activamente en la comisión de la infracción por parte de la sociedad, sino que basta un simple nexo causal entre el incumplimiento por parte del administrador y la comisión de la infracción por la compañía. Así, a los efectos que comentamos, los administradores de cualquier persona jurídica podrán encontrarse incurso en cualquiera de los supuestos de responsabilidad indicados por simple negligencia o actitud meramente culposa. Esto supone que los administradores de las personas jurídicas deben utilizar la máxima diligencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

La responsabilidad del administrador por esta causa se extiende a la cuantía de las sanciones impuestas a la persona jurídica, así como al resto de la deuda tributaria pendiente en período voluntario.

**(II)** Cuando la sociedad cese de facto en sus actividades y el administrador:

- No hubiera hecho lo necesario para proceder al pago de las obligaciones tributarias devengadas de la sociedad que se encontrasen pendientes en el momento del cese.
- O hubiera adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

En relación con esta segunda causa de responsabilidad, los pronunciamientos administrativos y la jurisprudencia refieren su aplicación a situaciones en las que la compañía, pese a haber dejado de actuar en el tráfico mercantil, no ha procedido a su liquidación ordenada habiendo dejado pendientes obligaciones tributarias.

En este caso, la responsabilidad sólo se extiende a las deudas tributarias de la sociedad que se hubieran devengado en el momento del cese, pero que, sin embargo, hubiesen quedado pendientes de pago.

**(III)** Cuando se contrate o subcontrate la ejecución de obras o prestación de servicios:

- Siempre que constituya su actividad económica principal. La Dirección General de Tributos emitió la Resolución 2/2004, de 16 de julio, en la que considera que cada caso debe ser analizado de manera singular la aplicación del artículo 43 de la NFT de Álava, del artículo 42 de la NFT de Bizkaia y del artículo 43 de la NFT de Guipúzcoa, si bien se debe tener en cuenta que la “actividad económica principal” debe entenderse como la actividad propia e indispensable. En este concepto se incluyen todas aquellas actividades que constituyen el ciclo de producción de la empresa, así como todas aquellas que resultan necesarias para la organización del trabajo.
- La responsabilidad alcanzará tanto a las obligaciones tributarias de repercusión de tributos (IVA), como a las de retención a trabajadores, profesionales u otros empresarios.
- El límite de la responsabilidad vendrá determinado por el importe no abonado en relación con la contratación o subcontratación.
- Esta responsabilidad quedará excluida si el pagador solicita al contratista o subcontratista el certificado de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido por la Administración Tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación.

**3.2** Para poder dirigir la acción recaudatoria contra los responsables subsidiarios es necesario seguir los trámites previstos en los artículos 179 y 181 de las NFT, así como a sus Reglamentos, así:

(I) Que tanto los deudores principales, como los responsables solidarios hayan sido declarados fallidos. La declaración de fallido no tiene nada que ver con la declaración de concurso, sino que se trata de una declaración emitida por la Dependencia de Recaudación respecto de aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito.

(II) Que exista un acto administrativo de derivación de responsabilidad notificado al responsable y en el que se recojan los elementos esenciales de las deudas tributarias y, en su caso, también de las sanciones objeto de derivación, los medios de impugnación y el lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable.

## 4. Responsabilidad solidaria.

**4.1** Sin perjuicio de todo lo expuesto anteriormente, es preciso hacer especial mención del supuesto de responsabilidad previsto en el citado artículo 42.1.a) de la NFT de Álava, en el artículo 41.1.a) de la NFT de Bizkaia y en el artículo 42.1.a) de la NFT de Guipúzcoa, en virtud de los cuales se establece la responsabilidad solidaria de todas aquellas personas o entidades que causen o colaboren activamente en la comisión de una infracción tributaria.

**4.2** De acuerdo con lo establecido en las NFT el responsable solidario responde de la obligación tributaria a falta de pago del deudor principal en período voluntario, esto es, sin necesidad de agotar el procedimiento de apremio contra el deudor principal y sin que sea necesaria su declaración de fallido.

**4.3** Así, para exigir la responsabilidad solidaria se requiere el acto administrativo de derivación de responsabilidad (en los mismos términos que en el caso de la responsabilidad subsidiaria) y un simple requerimiento de pago al declarado responsable una vez que el deudor principal no haya hecho frente a sus débitos tributarios transcurrido el período voluntario de ingreso.

**4.4** Los administradores podrán responder solidariamente, como cualquier persona o entidad, en los términos de los citados artículos 42.1.a) de la NFT de Álava, 41.1.a) de la NFT de Bizkaia y 42.1.a) de la NFT de Guipúzcoa si su conducta se incardina en la definida en referidos preceptos.

**4.5** ¿Cuándo nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad solidaria de los administradores? La doctrina entiende que para que exista responsabilidad solidaria por infracciones, se requiere que la participación del administrador suponga directamente la realización de la infracción, es decir, el administrador es el responsable de su comisión en nombre propio.



**4.6** El TEAC<sup>15</sup>, en Resolución de 21 de febrero de 1996, concretó el régimen de responsabilidad solidaria de los administradores al establecer que por el sólo hecho de ser administrador de una sociedad deudora no puede admitirse la condición de causante o colaborador en la comisión de infracciones tributarias. Así, el Tribunal pone de manifiesto que la responsabilidad solidaria prevista en el mismo gira en torno al principio de culpabilidad. En consecuencia, para la declaración de responsabilidad solidaria, debe probarse el elemento intencional del administrador en la comisión de infracciones tributarias de la entidad administrada.

**4.7** La extensión de la responsabilidad alcanza, en este caso, también a las sanciones

## 5. Exclusión de responsabilidad.

**5.1** Con carácter general, son causas de exclusión de responsabilidad de los administradores<sup>16</sup>, las siguientes:

- Cuando el administrador haya puesto la diligencia necesaria para el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de la sociedad.
- Cuando el administrador hubiese salvado su voto o no hubiese asistido a la reunión en la que se adoptó una decisión colectiva que dio lugar al incumplimiento por parte de la sociedad.
- Cuando concorra fuerza mayor.

## 6. Extinción de la responsabilidad.

**6.1** En principio, la responsabilidad se extingue por el pago de la deuda, ya sea abonada por el responsable, por el sujeto pasivo o por un tercero<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Tribunal Económico Administrativo Central.

<sup>16</sup> Habrá que analizar, en cada caso concreto, la abundante jurisprudencia que matiza y aclara los supuestos y causas de exclusión y extinción de responsabilidad.

## 7. Corolario de lo expuesto. Régimen de derivación de responsabilidad tributaria y de la Seguridad Social.

**7.1** Conforme a lo previamente expuesto, la derivación de responsabilidad, ya sea tributaria o de la Seguridad Social, permite hacer responsables de una deuda, solidaria o subsidiariamente, a otras personas distintas de las directamente obligadas.

### **Derivación de responsabilidad tributaria (artículo 41 de la NFT de Álava, 40 de la NFT de Bizkaia y 41 de la NFT de Guipúzcoa):**

---

Los administradores pueden verse afectados por los siguientes supuestos de derivación de responsabilidad tributaria:

**1.** La responsabilidad solidaria de los administradores por infracciones tributarias (artículo 42.1.a) de la NFT de Álava, 41.1.a) de la NFT de Bizkaia y 42.1.a) de la NFT de Guipúzcoa):

Responderán solidariamente de las deudas y sanciones tributarias del deudor principal aquellos administradores que sean causantes o colaboradores en la realización de una infracción tributaria.

**2.** La responsabilidad solidaria de los administradores por sucesión en la actividad (artículo 42.2 de la NFT de Álava, 41.2 de la NFT de Bizkaia y 42.2 de la NFT de Guipúzcoa):

Responderán solidariamente de las deudas y sanciones tributarias del deudor principal aquellos administradores que sucedan en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas.

**3.** La responsabilidad solidaria de los administradores por dificultar la acción recaudatoria (artículo 42.4 de la NFT de Álava, 41.5 de la NFT de Bizkaia y 42.4 de la NFT de Guipúzcoa):

Responderán solidariamente de las deudas tributarias y sanciones tributarias del deudor principal aquellos administradores que incumplan órdenes de embargo o colaboren en la ocultación de bienes con el fin de impedir la actuación de la Administración, con el límite del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria

**4.** La responsabilidad subsidiaria de los administradores por infracciones tributarias (artículo 43.1.a) de la NFT de Álava, 42.1.a) de la NFT de Bizkaia y 43.1.a) de la NFT de Guipúzcoa):

Serán responsables subsidiariamente de las infracciones y sanciones tributarias y de la totalidad de la deuda tributaria, los administradores de personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no realizaran los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, hubiesen consentido el incumplimiento o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones.

**5.** La responsabilidad subsidiaria de los administradores por cese en la actividad (artículo 43.1.b) de la NFT de Álava, 42.1.b) de la NFT de Bizkaia y 43.1.b) de la NFT de Guipúzcoa):

Serán responsables subsidiarios los administradores de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades por las obligaciones tributarias pendientes de las mismas, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado los acuerdos o tomado las medidas causantes del impago.

**6.** La responsabilidad subsidiaria de los liquidadores (artículo 43.1.c) de la NFT de Álava, 42.1.c) de la NFT de Bizkaia y 43.1.c) de la NFT de Guipúzcoa):

Responderán subsidiariamente los integrantes de la administración concursal y los liquidadores que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones responderán como administradores cuando tengan atribuidas funciones de administración.

**7.** La responsabilidad subsidiaria de los administradores por autoliquidaciones sin ingreso (artículo 43.2 de la NFT de Álava, 42.2 de la NFT de Bizkaia y 43.2 de la NFT de Guipúzcoa):

Responderán subsidiariamente de las deudas tributarias que deban repercutirse o retenerse, los administradores de las personas jurídicas que, continuando su actividad, presenten de manera reiterada autoliquidaciones sin ingreso, cuando pueda acreditarse que esta práctica no responde a una intención real de cumplir sus obligaciones tributarias.

El plazo de prescripción de la posibilidad de derivar responsabilidad es de cuatro años, computándose en el caso de responsabilidad solidaria, desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario correspondiente al deudor principal; en el caso de responsabilidad subsidiaria, el cómputo se inicia desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o cualquier responsable solidario.

## **Derivación de responsabilidad de la Seguridad Social (art. 15 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS–):**

Es posible derivar la responsabilidad a los administradores en materia de deudas por cuotas de la Seguridad Social (SS) en aplicación de cualesquiera normas con rango de ley, que determinaran el carácter solidario o subsidiario de la derivación de responsabilidad, y siempre que concurren conjuntamente los siguientes dos requisitos:

**1.** La concurrencia de una causa legal de disolución de la sociedad.

Será responsable por las deudas derivadas de cuotas de la SS devengadas con posterioridad a la concurrencia de dicha causa; existiendo una presunción iuris tantum –salvo prueba en contrario– de que las obligaciones reclamadas han sido devengadas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367.2 LSC).

**2.** El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 365 o 366 LSC en relación con los deberes de disolución de una sociedad.

**Deber de convocatoria la junta general:** Los administradores deben convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, inste el concurso (art. 365 LSC):

**Deber de solicitar la disolución judicial:** Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara el acuerdo de disolución o de declaración de concurso, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad, y a hacerlo 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 de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

Particularmente, el incumplimiento por parte de los administradores de la obligación de solicitar la declaración de concurso voluntario dentro de los dos meses siguientes al momento en que hubieran conocido –o debido conocer– el estado de insolvencia (art. 5.1 LC) no permite declarar su responsabilidad solidaria por las cuotas impagadas a la SS si no concurren los dos requisitos expuestos (es decir, causa legal de disolución e incumplimiento de obligaciones de disolución).

La responsabilidad por deudas por cuotas de la SS prescribe transcurridos cuatro años desde que hubiera devenido exigible el pago de esas cuotas, de acuerdo con lo previsto en el art. 21 LGSS (plazo general de prescripción).

## 8. Delito fiscal. Aspectos materiales del delito fiscal

### ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL DELITO FISCAL

**8.1** El delito fiscal está tipificado en el artículo 305 del CP como sigue:

“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo. (...)”.

**8.2** El tipo delictivo expuesto debe analizarse bajo el prisma de los dos elementos configuradores de todo delito: (i) el elemento objetivo, esto es, la conducta tipificada (acto exterior), y (ii) el elemento subjetivo, es decir, la intención de realizar la conducta tipificada (dolo). Sin la concurrencia de ambos elementos, no puede apreciarse la existencia de delito fiscal.

**8.3** El **elemento objetivo** del delito fiscal es la defraudación a la Diputación Foral, pudiéndose llevar a cabo dicha conducta de diversas formas, a saber:

- (a) Eludiendo el pago de tributos o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener (o ingresos a cuenta).
- (b) Obteniendo indebidamente devoluciones.
- (c) Disfrutando indebidamente de beneficios fiscales.

**8.4** Para que el ilícito revista la condición de penal, la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta, o de las devoluciones, o de los beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados, debe exceder 120.000 euros. Si los tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones son periódicos o de declaración periódica, para el cómputo de dicho importe se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cuantía de 120.000 € en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva. Si no revisten carácter periódico, el importe se entenderá referido a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

**8.5** El **elemento subjetivo** en el delito fiscal es el ánimo de defraudar, es decir, no basta con que se haya llevado a cabo alguna de las conductas típicas previamente apuntadas, sino que se exige una intencionalidad (dolo) de defraudar.

**8.6** La delimitación de qué debe entenderse por “ánimo de defraudar” ha resultado especialmente conflictiva, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial<sup>17</sup>. A grandes rasgos, la doctrina mayoritaria y los tribunales (e incluso, recientemente, el Tribunal Constitucional<sup>18</sup>) han considerado que la acción de “defraudar” exige la concurrencia de ocultación<sup>19</sup>. En base a ello, se ha venido apreciando la existencia de delito fiscal en operaciones societarias simuladas en las que la única finalidad pretendida era el ahorro fiscal, habiéndose incurrido para ello en la ocultación de hechos o actos frente a terceros. En consecuencia, la causa del acto jurídico que conforma la operación no es válida por no responder a la verdadera voluntad de las partes, por lo que debe considerarse inexistente, lo que anula la propia existencia del acto jurídico en su conjunto.

**8.7** Por el contrario, no se ha apreciado delito fiscal en situaciones de fraude de ley dado que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de simulación, en éste no concurre ocultación en la conducta, sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (la norma de cobertura) al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (la norma principal).

**8.8** En el ámbito fiscal no existe en la actual Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria el concepto de fraude de ley tributaria<sup>20</sup>, sino el de conflicto en la aplicación de la norma, recogido en el artículo 15<sup>21</sup>. No obstante, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias coinciden en que la no punibilidad del fraude de ley tributaria bajo la anterior regulación es extrapolable al actual conflicto en la aplicación de la norma.

**17** El análisis de cuándo puede considerarse que existe ánimo de defraudar en la elusión del pago de tributos, y cuándo no, debe realizarse atendiendo al caso concreto.

**18** En la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, el Tribunal Constitucional sostiene (en línea con la doctrina mayoritaria) que defraudar implica engañar, ocultar, y dado que en el fraude de ley no existe tal ocultamiento, este comportamiento no encaja en el tipo.

**19** No obstante, doctrina minoritaria, invocada por el Tribunal Supremo (en sentencias de 15 de julio de 2002 o 28 de noviembre de 2003, por ejemplo), ha precisado que el tipo del delito no requiere de una conducta de ocultación, sino del incumplimiento del deber de contribuir al erario público, esto es, la mera elusión de impuestos. Bajo dicha tesis, tanto el fraude de ley como la simulación resultan constitutivos de delito fiscal.

**20** Sí se recogía el fraude de ley en la anterior Ley General Tributaria de 1963.

**21** Establece este precepto que se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

## LAS PENAS DEL DELITO FISCAL

**8.9** En caso en que concurren el elemento objetivo y el elemento subjetivo comentados, se apreciará la existencia de delito fiscal.

**8.10** Ya se ha indicado en líneas anteriores que la responsabilidad penal de las personas jurídicas que incurrn en delito fiscal no excluye la de las personas físicas que hayan materializado la comisión del ilícito<sup>22</sup>, ya sean los representantes legales o administradores de hecho o de derecho de la entidad infractora, o personal dependiente o agentes sobre los que no se haya ejercitado el debido control. Para las personas físicas, las penas previstas en el artículo 305 del CP por delito fiscal pueden consistir en<sup>23</sup>: (i) prisión de 1 a 5 años, (ii) multa del tanto al séxtuplo de la cuantía eludida, obtenida o devuelta indebidamente, y (iii) la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 a 6 años. Asimismo, el artículo 213 de la LSC, prohíbe ser administradores a quienes hayan sido condenados, entre otros delitos, por delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, entre los que se halla el delito fiscal.

**8.11** En el caso de personas jurídicas, las penas previstas por el artículo 310bis del CP pueden consistir en<sup>24</sup>: (i) multa por cuotas o proporcional, (ii) disolución de la persona jurídica, (iii) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años, (iv) clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de 5 años, (v) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito<sup>25</sup>, (vi) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un máximo de 15 años, (vii) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de 5 años.

**8.12** Adicionalmente, cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiera la pena de multa a la persona jurídica y a la(s) persona(s) física(s) involucrada(s) (activa o pasivamente) en la comisión del delito fiscal, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos.

**8.13** El delito fiscal prescribe a los 5 años o a los 10 años (en caso de supuestos agravados que posteriormente se comentarán) mientras que en el ámbito administrativo el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria y sancionar prescribe a los 4 años.

<sup>22</sup> Tampoco excluye la responsabilidad civil, que comprende la totalidad de la deuda tributaria no ingresada y los intereses de demora. A este respecto, el artículo 116.3 del CP dispone que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

<sup>23</sup> Salvo apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes.

<sup>24</sup> Vid supra.

<sup>25</sup> Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de 15 años.

## ELEMENTO NEGATIVO DEL TIPO, ATENUANTES Y AGRAVANTES

**8.14** No obstante lo anterior, no se apreciará la concurrencia de delito fiscal cuando el contribuyente haya regularizado su situación tributaria<sup>26</sup>.

**8.15** Dicha regularización actúa como **elemento negativo del tipo** siempre y cuando (i) se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria (declaración e ingreso tanto de la cuota como de los intereses de demora y de los recargos legalmente devengados a la fecha del ingreso por el contribuyente), y (ii) ello se haya realizado:

(a) Antes del inicio de actuaciones administrativas de comprobación o investigación.

(b) En caso de no existir dichas actuaciones, antes de la interposición de querrela o denuncia; o

(c) Antes de que se tenga conocimiento de la iniciación de diligencias fruto de actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal o Juez instructor.

**8.16** Los efectos de esta regularización son aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración tributaria a su determinación por vía administrativa<sup>27</sup>.

**8.17** De no concurrir el elemento negativo del tipo, el sujeto será responsable pudiéndose **atenuar** la responsabilidad del delito fiscal, en el caso de las **personas físicas**, a condición de reconocimiento judicial, en el plazo de dos meses tras la citación judicial como imputado, de los hechos constitutivos del delito y satisfacción de la deuda tributaria y las correspondientes sanciones. En dicho caso la atenuante consiste en la rebaja de la pena en uno o dos grados, suponiendo ello que la pena de prisión sea de 6 o 3 meses, respectivamente<sup>28</sup>. El Código Penal regula otras atenuantes de la responsabilidad criminal de las personas físicas, entre las que se encuentra la reparación del daño ocasionado a la Hacienda Foral antes de la celebración del acto de juicio oral<sup>29</sup>, que será aplicable en los casos en los que no se haya procedido a la reparación del daño en los dos meses posteriores a la citación judicial o no se hubiera satisfecho la totalidad de la deuda.

**8.18** Adicionalmente, se prevén circunstancias **atenuantes** de la responsabilidad penal específicas para las **personas jurídicas**, a saber, (i) confesión de la infracción a las autoridades, (ii) colaboración en la investigación del hecho, (iii) haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito, o (iv) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

<sup>26</sup> Artículo 305.4 del CP.

<sup>27</sup> Novedad introducida por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

<sup>28</sup> Artículo 305.6 del CP, según redacción dada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

<sup>29</sup> Artículo 21.5 del CP.



**8.19** Finalmente, el artículo 305.bis CP prevé un **tipo agravado** sancionado con pena de prisión (para personas físicas, por lo tanto) de 2 a 6 años, multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años cuando: (i) la cuota defraudada es superior a 600.000€, (ii) se comete en el seno de una organización o grupo criminal; o (iii) se utilizan personas físicas, personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales, que ocultan o dificultan la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.

## V. Análisis desde la perspectiva concursal

---

**1.** Tras la declaración de una empresa familiar en concurso, puede suscitarse la cuestión relativa a la **responsabilidad civil** de aquellos administradores o consejeros que hayan contribuido a la creación o agravamiento de la situación de insolvencia, de forma culpable o dolosa.

**2.** Las personas que pueden ser declaradas responsables (afectadas) son los **administradores de hecho y de derecho** de la sociedad, incluyendo los que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

**3.** Son requisitos que deben concurrir para que se aprecie la responsabilidad:

**I.** Que proceda formar la sección de calificación del concurso (i.e. en caso de liquidación).

**II.** La calificación del concurso como culpable (generación o agravamiento de la situación de insolvencia con dolo o culpa grave).

**4.** Conforme a la normativa concursal vigente, el juez calificará como culpable el concurso cuando considere probado que en la generación o agravamiento del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus representantes legales o administradores o liquidadores, de derecho o de hecho. Habida cuenta de la dificultad probatoria con la que, en múltiples ocasiones, se ha encontrado el administrador concursal, el legislador ha establecido una serie de **presunciones**.

**4.1.** De un lado, las **presunciones de culpabilidad “iuris et de iure”**, es decir, no admiten prueba en contrario y, de concurrir, automáticamente el concurso ha de calificarse como culpable. Entre otros, podemos relacionar los siguientes: incumplimientos o irregularidades contables relevantes, falsedad documental, incumplimiento de convenio imputable, alzamiento de bienes, salidas fraudulentas de bienes en los dos años anteriores a la declaración del concurso o la simulación de situación patrimonial ficticia.

**4.2.** Frente a ello, la LC recoge múltiples **presunciones de culpabilidad “iuris tantum”** (admiten prueba en contrario), lo que significa que el afectado por la calificación podrá demostrar que dicha actuación: (i) pudo –o no– concurrir, (ii) en su caso, no fue dolosa ni culposa, (iii) ni generó ni agravó la insolvencia de la empresa familiar. En este caso nos encontramos con: el incumplimiento del deber de solicitar el concurso, la no colaboración con el juez o el administrador concursal o los incumplimientos relativos a cuentas anuales (formulación, auditoría o depósito). Entre estas presunciones “iuris tantum”, se pueden destacar:

- El conocimiento de la insolvencia, en supuestos tales como: sobreseimiento general en el pago corriente, embargos generales sobre el patrimonio, alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa, incumplimiento generalizado de obligaciones frente a la Hacienda Foral, Seguridad Social o empleados (3 mensualidades).
- El deber de solicitar el concurso en el plazo de dos meses, a contar desde que se conozca o debiera conocer el estado de insolvencia. ¿Esto qué significa? Que la sociedad no puede cumplir –regularmente– con las obligaciones que le resultan exigibles.

## **5. Efectos de la calificación culpable del concurso:**

**5.1** Inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona. En ambos casos puede fijarse un periodo de entre 2 y 15 años, atendiendo a (i) la gravedad de las actuaciones analizadas en la fase de calificación, (ii) la entidad del perjuicio y (iii) la declaración culpable en otros concursos.

El Tribunal Supremo, en diversas resoluciones, ha apuntado una serie de circunstancias que deben analizarse para valorar la gravedad de las actuaciones cometidas: (i) el número de causas de calificación culpable (siendo tres causas de calificación un elemento de apreciación de gravedad); (ii) el tiempo de concurrencia de alguna de esas causas de culpabilidad (por ejemplo, el periodo durante el que la sociedad careció de contabilidad); y (iii) el tiempo transcurrido en el que se había incumplido el deber de solicitar la declaración en concurso, más allá del imperativo de 2 meses legalmente establecido.

No puede inhabilitarse a los cómplices.

**5.2** Pérdida de posibles derechos como acreedor concursal o de la masa, tanto de las personas afectadas, como de los cómplices. También podrán resultar condenados a devolver los bienes o derechos que hubieran recibido indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa activa, así como a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Esta indemnización tiene naturaleza resarcitoria, esto es, de reparación de los daños y perjuicios sufridos por la masa de acreedores.

Si los cómplices no tuvieran la condición de acreedores, también podrán resultar condenados al abono de la indemnización de daños y perjuicios causados.

**5.3** Cobertura del déficit en caso de liquidación si el patrimonio fuera insuficiente. El juez podrá condenar a (i) todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, (ii) que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación (iii) a la cobertura, total o parcial, del déficit. La LC establece que el juez ha de ponderar en qué medida la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Es un concepto jurídico indeterminado que se traduce en un amplio margen de discrecionalidad para el juzgador.

Los cómplices no pueden resultar condenados al pago del déficit concursal.

## **6. Especial mención al artículo 5 bis LC**

**6.1** Tras una profunda reforma operada por la Ley 9/2015 de reforma urgente concursal, el artículo 5 bis de la LC, recoge bajo el título “Comunicación de negociaciones y efectos” que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Referida comunicación es una mera notificación, un documento de carácter privado por la que el deudor pone en conocimiento del juzgado que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o una propuesta anticipada de convenio.

**6.2** El juzgado no concederá un trámite para realizar alegaciones, ni para oponerse a la presentación de dicha comunicación, ni a los acreedores, ni a los terceros interesados.

**6.3** La comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la LC podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de dos meses dentro del cual el deudor ha de solicitar su declaración de concurso, a contar desde que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

**6.4** Una novedad, de gran interés, es que el deudor en su comunicación podrá solicitar el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, en cuyo caso no se ordenará la publicación del extracto de la resolución en el Registro Público Concursal. No obstante, el deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

**6.5** Esta comunicación resulta de gran relevancia, en cuanto al impacto que tiene en las ejecuciones. Y es que quedan paralizadas las iniciadas pero, lo que es más importante, desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Dicha paralización, con carácter general<sup>30</sup>, puede extenderse hasta que:

- a) Se formalice el acuerdo de refinanciación;
- b) Se solicite la homologación judicial del acuerdo de refinanciación;
- c) Se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;
- d) Se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;
- e) Se declare al deudor en concurso de acreedores.

La paralización descrita no alcanza a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

**6.6** Transcurridos tres meses desde la comunicación efectuada al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente (4 meses en total), a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

**6.7** Por último, se debe indicar que la LC únicamente permite presentar una comunicación por año (5bis.6º LC “Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año”). Previsión lógica para evitar abusos derivados de encadenar solicitudes con las que únicamente evitar la declaración de concurso.

<sup>30</sup> Habrán de tenerse en cuenta las especialidades legalmente previstas en relación con los acreedores con garantía hipotecaria.

# VI. Análisis desde la perspectiva penal

---

El régimen de responsabilidad penal de los administradores y personas jurídicas puede estructurarse con base en los siguientes tres pilares:

**(a)** Atribución de responsabilidad penal a los administradores:

- a. Responsabilidad directa y personal de los administradores.
- b. Responsabilidad de los administradores sin ostentar condiciones de autoría.
- c. Responsabilidad de los administradores por no evitar el resultado lesivo.

**(b)** Atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica:

- a. Responsabilidad vicaria.
- b. Responsabilidad por fallo organizativo.

**(c)** Programas de prevención de delitos o Corporate Compliance.

Abordaremos a continuación, separadamente, cada uno de ellos.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

**1.1** La determinación de la responsabilidad penal de los administradores y directivos de una sociedad depende de la concreta estructura organizativa de la empresa familiar, la cual definirá, no sólo la jerarquía, sino también la división funcional del trabajo y las esferas de competencia existentes.

**1.2** La responsabilidad penal no es objetiva, sino que se encuentra sólidamente anclada en el principio de culpabilidad, restringiendo la persecución y castigo penal únicamente contra quienes intervengan en la comisión de un delito por un hecho que le pueda ser reprochado como propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal.

**1.3** La ostentación de la condición formal de administrador deviene insuficiente para la imputación jurídico-penal al sujeto de un hecho delictivo cometido en la empresa. Será preciso, además, comprobar que concurren todos los criterios de imputación propios del Derecho penal: (1) demostrar que el resultado puede ser imputado objetivamente a la acción del sujeto activo; (2) que éste ha ejecutado dolosa —o imprudentemente cuando el delito lo admite— la conducta y, (3) que el hecho delictivo le puede ser personal y directamente atribuido como obra suya.

**1.4** Por lo tanto, la materialización de un delito en el seno de una persona jurídica no determina per se la responsabilidad penal de sus administradores, así como tampoco el hecho de que se estime la responsabilidad penal de ésta.

**1.5** Incluso cuando se trata de delitos cometidos en un órgano social colegiado, ello no implica automáticamente el nacimiento de una responsabilidad penal para todos los miembros de dicho órgano, sino que habrá que averiguar cuál fue la contribución real de cada sujeto a la ejecución del hecho delictivo, conforme a las reglas generales sobre la participación.

**1.6** Lo anteriormente expresado no implica, sin embargo, que los administradores o directivos de una sociedad mercantil sólo sean responsables penalmente cuando realizan por sí mismos la acción prohibida en la normal penal. Dada su posición en la cúspide del organigrama social, cabrá pensar que estos sujetos puedan ser estimados autores o, en su caso, partícipes, en los delitos cometidos por sus subordinados, ya sea por su intervención directa en el hecho o por la omisión de sus deberes de vigilancia y control que sobre éstos debían ejercer.

**1.7** En cuanto a los delitos ejecutados directamente por el administrador o directivo, éstos pueden clasificarse en dos categorías diferenciadas: por un lado, los llamados delitos comunes y, por otro, los llamados delitos especiales.

**1.8** Se conoce como delitos comunes aquellos susceptibles de ser cometidos por cualquier trabajador de la empresa, independientemente de su jerarquía y funciones en la misma. En estos delitos la ostentación formal del cargo de administrador es jurídico-penalmente irrelevante. Son ejemplos delitos como la apropiación indebida (art. 253 CP), administración desleal (art. 252 CP), estafa (art. 248 CP) o delitos de corrupción pública y privada (arts. 286 bis, 424 o 429 CP), entre otros.

**1.9** Por otra parte, el administrador o directivo podrá cometer los conocidos como delitos especiales, aquellos cuyo círculo de autores se encuentra delimitado por el propio Código Penal. Entre éstos, determinados delitos especiales restringen su comisión a los administradores de hecho o derecho de la sociedad. Los delitos societarios de falsedad contable (art. 290 CP) y limitación del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP) son ejemplos de éstos.

**1.10** Adicionalmente, ciertos delitos especiales hacen recaer la autoría en la propia persona jurídica en su condición de “deudor”, “obligado tributario” o “productor”, entre otras. En estos casos, en virtud del art. 31 CP, la responsabilidad penal será transferida al que actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro. En este grupo de delitos encontramos el delito fiscal (arts. 305 y ss. CP), la frustración de la ejecución (arts. 257 y ss. CP) o las insolvencias punibles (arts. 259 y ss. CP), entre otros.

**1.11** De este modo y como quiera que las conductas delictivas que pueden realizarse en el ámbito de una actividad empresarial, son muchas y variadas en el CP vigente, únicamente realizamos una enumeración de forma sintética, sin detenernos a analizar el contenido, alcance

y penas de cada una de las distintas tipologías delictivas que pueden dar lugar a responsabilidad penal del administrador de la empresa familiar:

- Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que comprenden las distintas modalidades del delito de estafa (art. 248 a 251bis CP) y del delito de apropiación indebida (art. 252 a 254 CP).
- Asimismo, en el mismo capítulo, las insolvencias punibles, que engloban las conductas constitutivas de alzamiento de bienes (art. 257 a 258 CP) y delitos relacionados con el concurso de acreedores (art. 252 a 261bis CP).
- Los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (art. 270 a 277 CP), al mercado y a los consumidores (art. 278 a 288 CP): delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa (art. 278 CP), publicidad engañosa (282 CP), delito de corrupción entre particulares (art. 286bis).
- Los delitos societarios (art. 290 a 297 CP), que incluyen el falseamiento de las cuentas, la imposición de acuerdos abusivos con ánimo de lucro y en perjuicio de los demás socios, el aprovechamiento o imposición de acuerdos lesivos adoptados de forma fraudulenta, la negativa o impedimento del ejercicio de determinados derechos de los socios y el obstaculizar la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras.
- Las conductas de blanqueo de dinero o bienes procedentes de un delito cometidas por personas que no han participado en dicho delito pero que conocen su origen ilícito (art. 302 CP).
- Los delitos contra la Hacienda Foral y la Seguridad Social (art. 305 a 310bis CP), que abarcan la defraudación tributaria, el fraude de subvenciones, el delito contable y las defraudaciones a la Seguridad Social.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311 a 318 CP) y singularmente los delitos contra la seguridad en el trabajo (art. 316 a 318 CP).
- Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP).
- Todos los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 a 331 CP).
- Delitos de falsificación de documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados (art. 390 a 396 CP).
- Delito de cohecho (art. 424 a 427bis CP) y de tráfico de influencias cometidos por particulares (art. 429 a 430 CP).

**1.12** En este punto, deviene importante señalar que el concepto penal de administrador es considerablemente laxo, abarcando a todos aquellos sujetos que desde las esferas más altas de la organización, dirijan y gestionen la actividad empresarial en ciertas condiciones de autonomía e independencia, entre ellos, según el caso, el personal de alta dirección, aunque no ostente formalmente la condición de administrador. Lo determinante será la capacidad decisoria de la persona sobre el hecho concreto que adquiere transcendencia delictiva.

**1.13** Por tanto, los apoderados y altos directivos pueden ser considerados administradores de hecho a efectos penales si concurren en ellos los presupuestos de auténtica sustitución en su actuación de las funciones de los administradores de derecho y autonomía e independencia en su actuación<sup>31</sup>.

**1.14** En sentido inverso, no basta con ser formalmente administrador para ser penalmente responsable automáticamente de las actividades que realiza la sociedad, sino que habrá que estar a la intervención del administrador en el hecho concreto<sup>32</sup>.

**1.15** Por lo que respecta a la responsabilidad del administrador o directivo por los delitos cometidos por sus subordinados, caben dos posibilidades: (i) actuación delictiva del subordinado a órdenes del administrador o directivo; (ii) actuación delictiva del subordinado mediando omisión de los deberes de vigilancia por parte del administrador o directivo.

**1.16** En el primero de los casos, resulta intuitivo que el administrador o directivo pueda ser estimado autor o, en su caso, partícipe, de los delitos cometidos por sus subordinados, si éstos han actuado siguiendo instrucciones de los primeros. En este sentido, el ejecutor inmediato no se revela como el principal protagonista del hecho, quien simplemente es utilizado como instrumento para realizar la conducta delictiva, mientras que el dominio del hecho recae en el administrador o directivo que dirige las instrucciones.

**1.17** En cuanto la imputación de responsabilidad penal a los administradores o directivos por la omisión de sus deberes de vigilancia y control, el Tribunal Supremo ha entendido en múltiples sentencias<sup>33</sup> que los administradores de una sociedad ocupan una posición de garante en relación a la conducta de sus subordinados, a quienes tienen el deber de dirigir y vigilar. La función de garante supone, precisamente, una especial situación de “garantía” frente al bien jurídico protegido por la norma penal, que asumen ciertas personas en función de una determinada situación jurídica que les hace responsables de prevenir riesgos para esos bienes jurídicos, obligándolos a realizar la acción que debe evitar el riesgo. En caso de no hacerlo se les equipara al autor del delito conforme a la regla de imputación del art. 11 CP.

**31** MARTORELL ZULUETA, P.: «La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles». Cuadernos de Derecho judicial, Ed. CGPJ, Madrid, 2005.

**32** Vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 642/2001 de 10 de abril.

**33** V. gr. SSTs de 10 de noviembre de 1993 [RJ 8387], 22 de mayo de 1998 [RJ 4899], 25 de octubre de 2002 [RJ 10461] o 11 de marzo de 2010 [RJ 4482].



**1.18** Dicha posición de garantía que integra un deber de vigilancia parece haberse reforzado tras la entrada en vigor del art. 31 bis CP, que establece como uno de los presupuestos para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica el que aquellos que ostenten facultades de organización y control en ésta, hayan incumplido gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre sus subordinados.

**1.19** Para algunos esta posición de garante del administrador o representante se encuentra expresamente basada en la Ley, extrapolando al ámbito penal la obligación de garantía en el ámbito de las sociedades, vinculada a los deberes de obrar con lealtad y con la diligencia de un ordenado empresario (arts. 225 y 226 LSC) y con la obligación de impedir cualquier mal para la sociedad cuando el administrador tenga conocimiento de dicho peligro (236.1 LSC). Respecto de los directivos, suele citarse como fuente del deber jurídico de garantía el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

**1.20** De igual forma y reforzando esta obligación impuesta al órgano de administración, la Ley 31/2014, por la que se modificaba la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introdujo el artículo 529 ter.1, en cuyos apartados a y b se establece, entre otros, que son facultades indelegables del consejo “la política de responsabilidad social corporativa” (integrando mecanismos de supervisión de riesgo no financiero, ética y conducta empresarial, conforme a la recomendación 54 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas), y “la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control”. Por lo que respecta a las sociedades no cotizadas, la Ley 31/2014 añade el artículo 248 bis, incluyendo entre las facultades indelegables del consejo “la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad”.

**1.21** No obstante, la infracción de este deber de garante es condición necesaria, pero no suficiente, de la equivalencia de la conducta del sujeto que no impide el hecho delictivo con la del que realiza activamente el mismo. Lo determinante será que el sujeto haya asumido el compromiso de controlar determinados riesgos que pueden amenazar a un bien jurídico concreto y que ese riesgo que el sujeto asumió controlar sea el que finalmente se materializó lesionando el bien jurídico. Esta posición de garantía concreta o dominio organizativo posibilitará equiparar la omisión del deber del administrador o directivo con la conducta activa del subordinado.

**1.22** De esta forma, la llamada “comisión por omisión” requerirá: (i) la producción de un resultado propio de un delito de acción; (ii) que existiese el referido dominio organizativo o posición de garantía concreta respecto al riesgo materializado, es decir, que el hecho delictivo se produzca en el ámbito de competencia del sujeto y permita equiparar su omisión a la acción del subordinado; (iii) que el sujeto pudiera y debiera haber actuado conforme se había comprometido para evitarlo; (iii) que si hubiese actuado efectivamente hubiese sido posible evitarlo y (iv) que conocía que tenía el deber de actuar y sabía cómo hacerlo, pero que a pesar de ello, decidió no actuar.

**1.23** Es por ello que, como anteriormente fue reseñado, la determinación de la responsabilidad penal deberá atender al ejercicio de las competencias organizativas del administrador, directivo o representante afectado, de acuerdo a los principios de distribución de funciones y de división del trabajo que rigen en la estructura empresarial, pues para que pueda serle atribuida responsabilidad es necesario que el administrador, directivo o representante conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe, haya tenido las concretas posibilidades de reconocer el riesgo y de evitar con su acción el resultado delictivo<sup>34</sup>.

**34** En lo que respecta a la atribución de responsabilidad penal a administradores y directivos de empresa como consecuencia de la posición de garante que ostentan en la evitación de la comisión de delitos por sus subordinados, quizá la resolución más relevante de los últimos tiempos probablemente sea la dictada por el Tribunal Supremo en el denominado caso BANESTO (STS 1193/2010, de 24 de febrero). Se trata de un documento muy extenso, con un voto particular de uno de los magistrados y con un buen número de cuestiones jurídicas de interés, pero en lo que aquí interesa la particular importancia de la misma reside en las afirmaciones que realiza el Tribunal en un obiter dictum ajeno al fondo del asunto en relación con la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a administradores y directivos de empresa cuando incumplen su deber jurídico de vigilar a aquellos subordinados suyos de cuya conducta puedan derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos.

En concreto, la sentencia comentada parte de la posición de garante que el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores de empresa y termina concluyendo que el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados puede crear un riesgo jurídicamente desaprobado es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para impedirlo (...). Literalmente:

«Pero, aunque no sea preciso pronunciarse ahora sobre estas cuestiones a los efectos de la resolución de lo planteado, cabe señalar, a título de obiter dictum, que sí, a pesar de conocer la existencia de la conducta ilícita (...) el acusado hubiera decidido desentenderse de la cuestión omitiendo el ejercicio de las facultades propias de su cargo, igualmente habría incurrido en responsabilidad por omisión, dada su posición como presidente del consejo de administración de la entidad».

«El artículo 237 del Real Decreto Legislativo 1/2010, que aprueba la Ley de sociedades de capital, coincidente con el texto del artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece la responsabilidad de los miembros del consejo de administración de la sociedad por los acuerdos adoptados, excluyéndola solo en el caso de que desconocieran la existencia del acto lesivo o, conociéndola hubieran hecho todo lo conveniente para evitar el daño, o, en otro caso, se hubieran opuesto a él; se entiende, si carecieran de facultades para evitarlo».

«En consonancia con esta previsión legal expresa, no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. O dicho con otras palabras, elige permanecer pasivo sin requerir más información y sin ejercer sus facultades superiores. En la STS nº 234/2010, de 11 de marzo, en la que se citaba la STS nº 257/2009 sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, se advertía que "...las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen

**1.24** Precisamente una técnica que conlleva la transferencia y transformación de las esferas de responsabilidad de los sujetos que en ella intervienen es el fenómeno de la delegación de funciones. De esta forma, si la delegación se efectúa desde un sujeto con competencia formal y material sobre el objeto de delegación hacia un sujeto con capacidad para asumir dicha función, la delegación de funciones será efectiva y el delegado asumirá la posición de garantía primaria frente a la función delegada (se produce una transferencia de la posición de garantía) mientras que el delegante mantendrá una posición de garantía secundaria sobre la actividad del delegado (transformación de la posición de garantía), siéndole exigible una serie de deberes residuales<sup>35</sup>. En caso de aparición de un resultado delictivo en el ámbito de competencia de la delegación y siempre y cuando podamos entender que la delegación ha sido efectiva, el delegado atraerá para sí la autoría y el delegante, en caso de incumplimiento de sus deberes residuales, responderá como partícipe<sup>36</sup>.

**1.25** Pese a lo dicho, conviene remarcar dos cuestiones: (i) existen deberes o funciones no delegables (art. 249 bis LSC: “la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad”) por lo que si el delito solo se puede imputar a una mala organización genérica de la empresa, toda la responsabilidad recaerá sobre el administrador, pues dicha organización pertenece solamente a su esfera de competencia; y (ii) existe polémica en si puede existir una efectiva delegación de funciones entre administrador y directivo o si por el contrario lo único que se produce es la distribución y asignación formal de los ámbitos de competencia<sup>37</sup>.

—  
al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido”. Es decir, que aun cuando se tratara de actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del jurídicamente permitido, no puede escudarse en la pasividad para salvar su responsabilidad».

«Por lo tanto, el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para impedirlo (...).».

«Por otra parte, el ejercicio de aquellas facultades de control sobre la conducta del subordinado no son renunciables unilateralmente. Esta Sala ya advirtió en la STS de 23 de abril de 1992, que “los alcances del deber de garantía dependen de la Ley que los impone y no de la voluntad de aceptarlos limitadamente de aquel al que tales deberes incumben».

**35** Según SILVA SÁNCHEZ, JM: «CDJ: Empresa y delito», p. 17, estos deberes residuales son los siguientes: “la competencia de selección del delegado; la de vigilancia y supervisión de su actuación; la de información y formación, la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados, etc...”. Más restrictiva MONTANER FERNÁNDEZ, R: «Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal», pp. 157-159, descartando los deberes de selección y formación entre los deberes residuales del delegante.

**36** Debe remarcar que la participación imprudente únicamente podrá ser castigada cuando el delito prevea su comisión en modalidad imprudente.

**37** De la primera opinión: SILVA SÁNCHEZ, JM: «CDJ: Empresa y delito», p. 15 y DEMETRIO CRESPO, E, «Responsabilidad por omisión del empresario», pp. 105-106, p. 108; en contra de la delegación de funciones en estos casos: MONTANER FERNÁNDEZ, R: «Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal», p. 87.

**1.26** Distinta cuestión se plantea cuando la conducta delictiva es llevada a cabo por otro administrador. En estos casos, podrá argumentarse que la relación entre administradores se enmarca en una estructura horizontal en la que rige el principio de confianza y una cierta separación de esferas. Es decir, a diferencia de lo que sucede con sus subordinados, la competencia de un administrador no se extiende al control de la actuación de otro administrador ni de los dependientes de éste. Ahora bien, ello no impide que sí existan deberes de garante recíprocos entre administradores. En efecto, si en el marco de un Consejo de Administración, un consejero adquiere un conocimiento (aun en términos de probabilidad) de una actuación delictiva por parte de otro, y teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita, puede ser considerado responsable en comisión por omisión. En cualquier caso, deberá atenderse a la mayor o menor delimitación de tales esferas, pues en muchas compañías no puede hablarse de tal separación. La sentencia más relevante a estos efectos es la dictada por el Tribunal Supremo en el famoso caso de la colza (sentencia de 23 de abril de 1992), en la que el Alto Tribunal también impuso condenas a aquellos administradores que omitieron de manera culposa su posición de garante<sup>38</sup>.

**1.27** En otro orden de cuestiones, recogiendo lo introducido en el apartado 1.5, conviene matizar la atribución de responsabilidad en los supuestos de tomas de decisiones delictivas en el ámbito de los órganos colegiados. El voto a favor, siempre y cuando el sujeto conozca lo que realmente vota (debe recordarse que opera el deber de información, aunque también el principio de confianza), determinará su responsabilidad penal. Por el contrario, la mera contribución a la conformación del quórum y la participación en el debate, pese a conocer que se va a adoptar un acuerdo antijurídico, por sí solas, no pueden fundamentar la responsabilidad del sujeto. De igual forma, el voto en contra, por sí solo, no tiene virtualidad eximente de la responsabilidad penal, sino que debe descartarse que el sujeto no es inductor o

**38** Lo hizo en base a la siguiente argumentación: «Cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean consecuencia de la actividad de la sociedad, por lo cual cada uno de aquéllos resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación, en todo caso, para que no sea introducido en él; y aunque no consta que el procesado en el caso haya sido quien creó personalmente el mayor peligro, pues no aparece que haya tenido participación activa en el desvío del aceite desnaturalizado hacia el consumo, pues es indudable que la acción de otro socio administrador creó un riesgo mayor y antijurídico, al enviar diversas partidas del aceite citado para su refinado y posterior comercialización para el consumo humano, sí tenía la posibilidad de todo administrador de ejercer sus facultades legales y estatutarias correspondientes para que aquello no tuviera lugar, es decir, de hacer el intento serio de cumplir con dicho deber, y en la medida en que no lo hizo su omisión es también causal del resultado, dado que la ejecución de la acción exigida hubiera impedido –con un alto grado de probabilidad– la producción de los resultados, ya que el aceite no hubiera sido consumido; por lo tanto, a partir del momento en que tuvo conocimiento del envío de aceite desnaturalizado al mercado del consumo alimentario, decidido por el otro socio, debió hacer todo lo que estaba a su alcance, según sus facultades jurídicas como administrador, sea para impedir la repetición del hecho o, en su caso, para hacer retirar del mercado el aceite; su deber de cuidado le imponía ejercer un control e informarse de los posibles desvíos de aceite desnaturalizado, utilizando a tales fines su posición en la empresa, y por ello no ofrece la menor duda que si hubiera obrado diligentemente hubiera podido tener conocimiento de nuevos envíos y, por lo tanto, de las circunstancias generadoras del deber de garante.

En suma, la conducta del procesado es punible por la omisión culposa de impedir la venta de géneros corrompidos cuyo uso es nocivo para la salud, por aplicación de los arts. 346 y 565 CP (derogado), y dicha imprudencia, dada la desproporción entre lo que le exigían el cuidado debido y la importancia de los bienes en juego, es de carácter temerario».

cooperador necesario del acuerdo o incluso es quien domina el hecho (pese a abstenerse o votar en contra). Lo mismo puede decirse del miembro del órgano colegiado ausente en la votación. Por último, se discute si el administrador que conoce que en el órgano se ha adoptado una decisión antijurídica tiene un deber de uso de los derechos legales y estatutarios o, en su caso, denuncia penal y si, de no hacerlo, cabría su imputación en comisión por omisión como autor o partícipe<sup>39</sup>.

**1.28** Por último, conviene hacer mención al impacto de la responsabilidad penal de la persona jurídica y los llamados programas de Corporate Compliance. Más allá de que el objetivo de éstos se extienda más allá de la evitación de ilícitos penales y que sus medidas excedan la mera imposición de deberes de vigilancia, no puede negarse que la implantación de un programa de Corporate Compliance integra la instauración de un modelo de vigilancia de los superiores sobre sus subordinados. De esta forma, algunos autores<sup>40</sup> entienden que, toda vez que la decisión sobre la implantación de dicho programa recae en el órgano de administración de la persona jurídica, en caso de cometerse en el seno de la misma un delito imputable a una falta de deberes de vigilancia de los subordinados, pudiera estimarse la responsabilidad de los administradores por la infracción de dichos deberes (recordemos, indelegables)<sup>41</sup>. En cualquier caso, pese a que los administradores implanten un programa de Corporate Compliance, seguirán ostentado la obligación residual de verla porque el mismo es gestionado correctamente.

**1.29** Con todo lo anterior, por lo que respecta a la potencial responsabilidad penal de los administradores y equipo de dirección de la empresa familiar, cabría entender lo siguiente:

**(I)** Tanto los administradores formalmente constituidos como todos aquellos que dirijan y gestionen la actividad empresarial en ciertas condiciones de autonomía e independencia podrían ser considerados como administradores a efectos de determinar una eventual responsabilidad penal.

**(II)** La responsabilidad penal de los administradores por delitos cometidos por la empresa familiar o sus subordinados no nacería de forma automática, sino que además del propio delito de la persona jurídica o física, deberían concurrir los presupuestos reseñados en el apartado 1.3; en particular, sería esencial la determinación de las competencias atribuidas a cada sujeto u órgano para confirmar si existiría, eventualmente, una responsabilidad de carácter penal.

**(III)** La responsabilidad penal puede originarse tanto por acción como por omisión, en particular cuando el administrador, o los administradores, no han desarrollado en toda su extensión los deberes de control y de diligencia que le son exigibles. En este punto, cobra particular importancia la necesidad de desarrollar mecanismos de prevención de delitos o programas de Corporate Compliance.

<sup>39</sup> De esta opinión: SILVA SÁNCHEZ, JM «Fundamentos del derecho penal de la empresa», p. 126.

<sup>40</sup> SILVA SÁNCHEZ, JM «Fundamentos del derecho penal de la empresa», pp. 194-195.

<sup>41</sup> Deberá valorarse si la actuación de los administradores es imputable a título de dolo o imprudencia, y si el delito cometido por el subordinado admite su comisión imprudente.

## RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

### 1.1 Contenido de la reforma operada por la lo 5/2010, de 22 de junio

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, introdujo en la legislación penal española una de las modificaciones más sustanciales en el derecho penal empresarial desde la aprobación del Código Penal de 1995.

La modificación legal más relevante consistió en la abolición de nuestro ordenamiento jurídico penal del viejo aforismo romano *societas delinquere non potest*, según el cual una persona jurídica no podía cometer delitos.

Con ello, la reforma convierte a las personas jurídicas en sujetos inmediatos del Derecho Penal susceptibles de cometer delitos, al margen de las concretas personas físicas que las integren, y de ser por ello sancionadas con auténticas penas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se modula en torno a diferentes artículos que vienen a establecer un verdadero estatuto penal – un cuasi Código Penal – de las personas jurídicas. Este estatuto abarca el ámbito subjetivo o posibles sujetos penalmente responsables, los concretos delitos que van a poder activar esta responsabilidad penal y, entre otros, el sistema de penas previstas para las personas jurídicas penalmente responsables.

### 1.2. Estatuto Penal

#### 1.2.1. Ámbito subjetivo:

El artículo 31 bis del CP establece que cualquier persona jurídica, incluidas las Sociedades mercantiles Estatales, pueden ser sujetos responsables.

Se excluyen expresamente de esta nueva responsabilidad penal:

- Estado.
- Administraciones Públicas territoriales o institucionales.
- Organismos Reguladores.
- Agencias y Entidades Públicas Empresariales.
- Organizaciones internacionales de derecho público.
- Otras personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.
- Salvo que cualquiera de las anteriores hubiera sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Aunque inicialmente los partidos políticos y los sindicatos se encontraban incluidos en la relación de personas jurídicas excluidas, tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, se elimina dicha exclusión, por lo que los partidos políticos y sindicatos pueden ser ya sujetos penalmente responsables.

### **1.2.2.** Delitos:

Las personas jurídicas penalmente responsables solo pueden serlo por los concretos treinta y un delitos que expresamente señala el Código Penal que pueden dar lugar a su responsabilidad.

El elenco de delitos que pueden ser cometidos por una persona jurídica puede dividirse en dos grupos, atendiendo a su habitualidad en el ámbito empresarial.

Entre los delitos propios o más habituales del ámbito empresarial:

- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 CP).
- Estafas propias e impropias (art. 251 bis CP).
- Insolvencias punibles: alzamientos y concursos punibles (art. 261 bis CP).
- Daños informáticos y hacking (art. 264 CP).
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art. 288 CP).
- Delitos contra el mercado y los consumidores (art. 288 CP). Incluyen a su vez:
  - Descubrimiento y revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP).
  - Desabastecimiento de materias primas (art. 281 CP).
  - Publicidad engañosa (art. 282 CP).
  - Fraude de inversores y de crédito (art. 282 bis CP).
  - Facturación fraudulenta (art. 283 CP).
  - Manipulación de cotizaciones en los mercados (art. 284.1 y 2 CP).
  - Abuso de información privilegiada (arts. 284.3 y 285 CP).
  - Facilitación ilegal de acceso a servicios de radiodifusión y televisión (art. 286 CP).
  - Corrupción entre particulares y deportiva (art. 286 bis CP).
- Blanqueo de capitales (art. 302 CP).
- Delitos contra la Hacienda Foral y la Seguridad Social (art. 310 bis CP).
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).
- Delito sobre la ordenación del territorio (art. 319 CP).
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y 328 CP).

- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP).
- Delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348 CP).
- Cohecho (art. 427 CP).
- Tráfico de influencias (art. 430 CP).
- Corrupción de funcionario extranjero (art. 445 CP).

### **1.2.3.** Criterios de atribución:

El criterio elegido por la reforma para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es doble. De esta forma, las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de cualquiera de los delitos señalados o, lo que es lo mismo, podrán ser penalmente condenadas como autoras de un delito, en dos supuestos:

**(I)** Responsabilidad vicaria: Cuando alguno de sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, haya cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

**(II)** Responsabilidad por fallo organizativo: Cuando en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, se haya cometido el delito por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando el hecho punible haya sido posible por no haberse ejercido el debido control sobre su persona y actividad, por los legales representantes o administradores.

Es por ello, que el segundo criterio o forma de responsabilidad conlleva una serie de consecuencias de enorme relevancia para las personas jurídicas. Este sistema de debido control se conoce como “Corporate Compliance”.

### **1.2.4.** Sistema de penas:

El elenco de penas aplicables a las personas jurídicas se establece en el apartado 7 del artículo 33 del CP. Se trata de siete tipos de penas creadas para imponerse específicamente a las personas jurídicas con la consideración de penas graves, independientemente de su duración.

- Multa por cuotas o proporcional.
- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por no más de cinco años.
- Prohibición definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social.
- Intervención judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.



## CORPORATE COMPLIANCE

Como hemos indicado, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base al criterio del debido control conlleva la exigencia de una obligación de debido control por parte de los representantes legales, hasta ahora desconocida para ellas en este ámbito penal tan severo, ante el trascendental hecho de que la sociedad esté expuesta a cometer más de treinta delitos distintos y ser condenada con duras penas por ello.

Este nuevo escenario implica que las sociedades, a través de sus legales representantes, deberán dar estricto cumplimiento a esta nueva y fundamental obligación, mediante la implementación de los debidos sistemas de control de cumplimiento normativo y prevención del delito, con el fin de intentar evitar que la sociedad incurra en contingencias de tipo penal y, sus administradores, en riesgo serio de responsabilidad personal.

Solo mediante la implementación de un debido sistema de prevención de delitos, podrá evitarse la condena a la sociedad.

Esta necesidad de implementar sistemas de prevención del delito es exigible desde la entrada en vigor de la Reforma del Código Penal el 23 de diciembre de 2011. Sin embargo, actualmente está en tramitación una reforma del Código Penal, cuya aprobación está prevista para abril de 2015, que pretende poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, identificando exactamente y clarificando lo que debe incorporar un correcto sistema de debido control o prevención de delito en la empresa.

Así, el “debido control” para la prevención de delitos en la empresa, deberá conllevar:

- El establecimiento por el órgano de administración, de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos.
- La creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado.
- La identificación –mapa de riesgos delictuales- de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- La implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

- La obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención –canales de denuncia (whistleblowing)-.
- El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- Y la verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Como se ha dicho, el Corporate Compliance ha llegado a nuestro país para quedarse y las empresas deben conocer este deber y sus legales representantes deben cumplir la obligación de establecer debidos controles sobre su actividad y empleados, si no quieren exponerse ellos mismos y a las propias sociedades que representan, a serias y duras contingencias que deben y pueden ser debidamente atendidas.

# VII. Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos.

---

El reforzamiento del régimen de responsabilidad de quienes ejercen funciones gestoras en sociedades mercantiles ha provocado que en los últimos años hayan aparecido pólizas de responsabilidad civil de consejeros y directivos (conocidas como D&O, Director's and Officer's Liability Insurance).

Su finalidad es proteger patrimonialmente a los administradores de las consecuencias económicas derivadas de su **obligación de resarcir por daños o por responsabilidad sanción** (así como los daños y perjuicios de esta última). También suelen incluirse los datos de defensa jurídica (honorarios y fianzas, entre otros).

Presenta notas similares al seguro de responsabilidad civil (RC) profesional, si bien también notas propias derivadas del riesgo asegurado: deuda de responsabilidad sobre los asegurados como consecuencia de acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de su cargo, es decir, cubre daños patrimoniales por actos culposos.

Desde 1 de enero de 2016 en la memoria de la sociedad (ordinaria y abreviada) debe indicarse las obligaciones contraídas en materia de seguro de RC respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección.

En cuanto a las exclusiones, las más frecuentes son: (i) reclamaciones basadas en la obtención por los asegurados de cualquier beneficio personal, retribución o ventaja a que no tuvieran derecho, (ii) conductas fraudulentas tipificadas como delito –cuando una sentencia firme establezca que dicha conducta es relevante a la causa de pedir o a la reclamación sentenciada- (el dolo criminal es inasegurable), (iii) daños al medio ambiente, (iv) penalizaciones contractuales, multas, sanciones, impuestos, etc., (v) reclamaciones de los asegurados entre sí, (vi) reclamaciones por daños materiales o personales, (vii) uso de información privilegiado o reclamaciones de accionistas mayoritarios.

En general en este tipo de seguros el siniestro está constituido por la reclamación (claims made), no por el evento dañoso. No obstante, es habitual que la póliza abarque: (i) supuestos en los que el hecho generador se ha producido con anterioridad a la entrada en vigor de la póliza, fijándose un periodo máximo de retroactividad, siempre que el asegurado no conociera el carácter dañoso contratar y (ii) un periodo posterior o adicional de extensión de la cobertura (12 o 24 meses).

En cuanto a la responsabilidad, se contemplan 2 supuestos básicos:

1. Producción de un perjuicio a la sociedad, socios o acreedores sociales.
2. Incumplimiento de determinadas obligaciones legales (destacan la obligación de disolver la sociedad o solicitar su declaración en concurso de acreedores).

De este modo, es habitual –y en todo caso aconsejable– que los administradores y consejeros suscriban el correspondiente seguro de responsabilidad civil, que cubra su responsabilidad en estos supuestos.

Con todo, como ya se ha señalado, nuestra práctica demuestra que dichos seguros contienen un amplio elenco de limitaciones y exclusiones, por lo que resulta crítico verificar las exclusiones y si la responsabilidad por deudas sociales queda o no asegurada, así como la cobertura temporal (si está en presencia de una póliza “claims made” o “ocurrence made”) y territorial del seguro.

## **ESPECIAL REFERENCIA AL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS**

Como se ha indicado anteriormente, la LO 1/2015 supuso un punto de inflexión para los administradores, al fijar mecanismos para la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre que, bajo determinadas condiciones, la persona jurídica haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Cometido un hecho delictivo, como resulta del artículo 117 del CP, resulta determinante establecer si el asegurador ha asumido –o no– “el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad”, es decir, si la actividad cometida por los administradores y altos directivos es un riesgo cubierto –o no lo es–.

Aun cuando al día de la fecha el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el particular, analizadas resoluciones análogas recaídas podemos concluir que la aseguradora no cubrirá la responsabilidad civil derivada del delito cometido en los casos en los que el cargo de administrador o alto directivo sea un instrumento buscado para causar el daño derivado del delito <sup>42</sup>.

<sup>42</sup> En este sentido, el Acuerdo 1/2007 No Jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007, Sala Segunda, establece que: “Acuerdo: «No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor»”.

Como se ha indicado anteriormente, en las pólizas de seguros D&O los actos dolosos quedan, de forma habitual, excluidos. Es importante matizar que dicha exclusión operará respecto del asegurado, pero no en cuanto al tercer perjudicado. En este sentido, la práctica judicial viene a diluir dicha exclusión, al reconocer la cobertura de la responsabilidad civil derivada de delitos dolosos frente a los perjudicados<sup>43</sup>.

En materia de prestación de fianzas en sede penal por parte de administradores y altos directivos, no existe una postura clara. En ocasiones las entidades aseguradoras exigen un requerimiento del juzgado al efecto, que éste puede acordar dirigir –o no–, al no estar legalmente previsto y no existir, por ello, una postura unánime. En todo caso, es imprescindible revisar las cláusulas contenidas en la respectiva póliza de seguro. Al hilo de lo indicado en el apartado precedente, si se estimara que la fianza hubiera de prestarse en beneficio de tercero distinto del asegurado podría estimarse que la entidad aseguradora deberá prestarla, sin que pueda invocar la exclusión por hechos dolosos, y sin perjuicio en todo caso del ulterior derecho de repetición con el que contaría frente al asegurado.

Como conclusión de lo expuesto, a la vista de los riesgos derivados del incumplimiento de los deberes a cargo de directivos y administradores y por ende de la responsabilidad civil pecuniaria a la que podrían ser declarados responsables, es aconsejable la suscripción de pólizas D&O, así como un análisis detallado de las coberturas ofertadas y, en particular, de sus cláusulas limitativas y delimitadoras.

## VIII. Índice de abreviaturas.

---

**LSC** Ley de Sociedades de Capital. Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, 2-VII (BOE n. 161, 3-VII-2010).

**LC** Ley Concursal. Ley 22/2003, 9-VII (BOE n. 164, 10-VII-2003).

**CP** Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, 23-XI (BOE n. 281, 24-XI-1995; c.e.: BOE n. 54, 2-III-1996).

**NFT** Normas Forales Tributarias. Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava (BOTH A núm. 30 SUPL de 11 de Marzo de 2005), Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia (BOB núm. 49 de 11 de Marzo de 2005) y Norma Foral 2/2005 de 8 de marzo General Tributaria del Territorio Histórico de Guipúzcoa (BOG núm. 90 de 12 de Mayo de 2017).

<sup>43</sup> Entre otros motivos, el Tribunal Supremo se ampara en el art. 76 de la LCS, destacando además que “lo que el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al asegurado un siniestro ocasionado por él de mala fe, pero no impide que el asegurador garantice la responsabilidad civil correspondiente frente a los terceros perjudicados”, así como la “función social y económica” del seguro para “ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte ( art 117 CP)” (vid. Sentencia núm. 588/2014 de 25 de julio del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, RJ 2014\4165).



**CÁMARABILBAO**



FORO DE EMPRESA FAMILIAR  
DE LAS CÁMARAS VASCAS

EUSKO GANBEREN  
FAMILIA ENPRESAREN ERAKUNDE

---

**Contacto:**

Cámara de Bilbao - Alda. Recalde 50  
48008 Bilbao

Tel. **94 470 65 00**  
[www.camarabilbao.com](http://www.camarabilbao.com)